

دكتور محمد شكرى سرور  
أستاذ القانون المدنى المساعد  
كلية الحقوق جامعة القاهرة

# مَحَاوَلَةٌ لِنَاصِيَةِ الْحُكْمِ الْكِفَالِ الْعَيْنِيَّةِ

دراسة مقارنة  
فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى

٢١٩٨٦

مقدم الطبع والنشر  
دار الفكر العربى  
١١ شارع مرادى - القاهرة  
٧٥٠٣٧-٧٦٠٢٣-١٣٠٠٧٥



دكتور محمد شكرى سرور  
أستاذ القانون المدنى المساعد  
كلية الحقوق جامعة القاهرة

# مَحَاوَلَةٌ لِنَاصِيَةِ الْحُكْمِ الْكِفَالِ الْعَيْنِيَّةِ

دراسة مقارنة  
فى القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الفرنسى

١٩٨٧م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## مقدمة

لم تحظ الكفالة العينية باهتمام الفقه في مصر ، على كثرة ما كتب في التأمينات الشخصية والعينية . فلم نجد من خصص لها دراسة مستقلة ، توضح جميع جوانبها ، وتوصل خصوصيات أحكامها . وإنما كان الشراح يلمحون إليها ، في بعض المواضع ، من حين لآخر ، حين يعرضون لحكم ما في الكفالة أو الرهن ، وذلك قمد إلقاء الضوء ، لاعليها هي ذاتها ، وإنما على هذا الحكم من أحكام هذا النظام أو ذاك .

وهكذا بدت احكام الكفالة العينية - أمام من يريد الإحاطة بها - مبعثرة في شتات متناثر ، بين أحكام الكفالة والرهن . شتات يقصر عن مواجهة الفكرة في كليتها ، بقدر ما يفتقر إلى الترابط والتسلسل .

أما في فرنسا ، فقد لفتت هذه الفكرة انتباه بعض الباحثين القدامى ، الذين رأوها جديرة بالبحث ، فأفردوا لها دراسة مستقلة ، نشرت في أواخر القرن الماضي . لكنها لم تلبث حتى طواها النسيان من جديد ، وظلت على هذا النحو من عدم الاهتمام الفقهي هناك أيضا ، إلى وقت قريب جدا ، حتى عاد الاهتمام بها إلى الظهور في الآونة الأخيرة ، على أثر صدور بعض القوانين التي ساعدت على ذبوع استعمالها : كقانون ١٣ يولية ١٩٦٥ ( في شأن النظام المالي للزوجين ) ، وقانون ١٦ يولية ١٩٧١ ( في شأن بعض أعمال التشييد ) ، وقانون ٤ يولية ١٩٨٠ ( المتعلق بالمجال الزراعي ) .

ولعل مبعث عدم الاهتمام الفقهي بهذه الفكرة ، هو الاعتقاد بأنها ليست - إن جاز هذا التشبيه - إلا حاصل جمع عناصر معروفة تماما ، هي

الكفالة والرهن ، ومن ثَم فلن يكون فيها ما يُغرى على تكريس دراسة مستقلة خاصة بها .

ولما كان هذا الاعتقاد غير واقعي ، في الحقيقة ، إلى حد كبير ، وكانت الكفالة العينية قد ظلت - بسببه - فكرة يكتنفها الكثير من الغموض ، وكان المشرع ، سواء في مصر أم في فرنسا ، قد تجاهل هو الآخر تنظيمها تنظيمًا خاصًا متكاملًا ( اللهم إلا ذلك القدر الذي سبقت الإشارة إليه من القوانين الفرنسية المنظمة لنواحي معينة ) ، حين أنها نظام أخذ استعماله في الشيوع في الوقت الحاضر ، فقد رأينا اختيار هذا النوع الخاص من التأمينات ، ليكون موضوعاً لهذا البحث .



# تمهيد

في التعريف بالكفالة العينية<sup>(١)</sup> ، وأهميتها ،

- (١) الكفالة العينية هي اتفاق ، بموجبه يقدم أحد الأشخاص ، ويقال له الكفيل العيني ، مالا يملكه ، عقارا أو منقولا<sup>(٢)</sup> ، ضمانا لدين على غيره •  
ووسيلته الغنية لذلك ، هي رهن هذا المال ، رسميا<sup>(٤)</sup> ، أو حيازيا<sup>(٥)</sup> ، لينحصر ، في القيمة الاقتصادية لهذا المال ، الحد الأقصى لمسئوليته عن هذا الدين •

---

(1) Le cautionnement réel

(٢) راجع ، مع ذلك

CHEVALLIER (Jean) et BACH(L): Droit civil  
7 éd. 1978 P. 458 . COLIN et CAPITANT avec  
DE LA MORANDIÈRE : Cours élémentaire de droit  
civil Français. To. 2 . 8 éd. 1935 P. 813 No 966

حيث يبدو يفهمون الكفالة العينية وكأنها محصورة في رهن لعقار فقط ، ضمانا لدين على الغير • وفي نفس هذا الفهم راجع أيضا :

MAZEAUD ( H, L, J) par CHABAS (F) : Leçons de  
droit civil To: 3 ' 5 éd. 1977 P. 271 No 262

(٣) على أن يلاحظ ، أن الراهن قد يجمع بين صفتي المدين والكفيل العيني ، أنظر في مثال لذلك حكم نقض (مدني) ١٩٧١/١/١٩ ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفني) السنة ٢٢/رقم ١١ ص ٥٢ ( حيث كان الأمر يتعلق بشريك في شركة تضامن ، رهن عقارا يملكه ، ضمانا لعقد فتح الاعتماد الرسمي الذي أبرمه لكفالة الشركة ، وانظر أيضا : د عبد الناصر توفيق العطار ، التأمينات العينية ١٩٨٠ ص ١٣ هامش / ٢ •

(٤) حين يتعلق الأمر بعقار •

(٥) حين يتعلق الأمر بعقار أو بمنقول •

(٦) ويبين من هذا التعريف ، أن الكفالة العينية هي نوع من اتفاقات الضمان

يتم بين الدائن وأجنبي عن الدين ، هو الكفيل العيني ، حين لا يكون رضا المدين  
ركنا في هذا الاتفاق ، الذي قد ينعدم دون علمه ، (٧) ، أو حتى بالرغم من معارضته ، (٨)

وإن كان ذلك نادر الحدوث ، حقيقة ، في الحياة العملية فالكفالة - حتى  
ولو كانت محددة - هي من الأمور ذات الخطورة بالكفيل (٨) ، بحيث ينسدر  
أن يتحمس إليها دون مبرر قوي . حتى لقد شاع القول بأنها " تقوم بداءة  
على الشهامة التي عادة ماتعقبها الندامة عند رجوع الدائن على الكفيل " (٩) ،

(٢) ويقدم هذا النوع من الكفالة ، للدائن ، ضمانا قد يكون أقل في حجمه من  
الضمان الذي تقدمه الكفالة العادية (الشخصية) (١٠) ، هذا حقيقي ، لكنه  
بالمقابلة - يكون أكثر فاعلية ، بما يخوله له من مزيته التتبع والأولية

---

(٦) أو على حد تعبير البعض ، " اتفاقات الوفاء " ، أنظر  
GRUA (F) : Le Cautionnement réel. J.C. P  
١٩٨٤ - ١ - doc - 3167

(٧)، (٨) راجع د . محمود جمال الدين ذكي ، التأمينات الشخصية والعينية ، ط ٣ /  
١٩٧٩ ص / ٣١ بند / ١١ والفقه المشار إليه فيه هامش / ١١ ، ١٢ ، وأنظر من  
تطبيقات القضاء المصري ، نقض ١٩٧٢ / ١٢ / ٢٨ ، المجموعة السنة / ٢٣  
(عدد / ٣) رقم / ٢٣٢ ص / ١٤٨٧ .

(٨ مكرر) راجع :  
DUPOUY (C) et RESSAYRE (M) : Précis de droit  
civil. To: 2 éd. 1980 P. 180

(٩) د . حسام الدين كامل الأهواني ، التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي  
ج / ١ ط / ٨٥ - ١٩٨٦ ص / ٢٣ بند / ١٣ نقلا عن قيل ، وبلائيول وريبير وبيكيه

(١٠) حيث يفرض حق الدائن ، في الكفالة الشخصية ذمة الكفيل المالية  
كلها .

على المال المرهون ضمانا لحقه • فيما يكون الدائن - فى الكفالة الشخصية  
عُرْضة ، على العكس ، " لتقلّب الذمة المالية للكفيل ، ومزاومة الدائنين  
الآخرين له " (١١) .

ومن وجهة نظر الضامن ، بدوره ، يكون هذا النوع من الكفالة أفضل إذ  
يمكنه من تقديم معاونته للمدين ، دون أن يعرّض - فى نفس الوقت -  
للخطر ، سوى أحد عناصر ذمته المالية فقط (١٢)

### الكفالة العينية ، والكفالة الشخصية المضمونة برهن (١٣)

(٣) ذكرنا أن مسؤولية الكفيل العينية لا تتعدى - كحد أقصى - القيمة الاقتصادية  
للمال المرهون • ويعبر الفقه عن ذلك ، عادة ، بالقول بأن هذا الكفيل  
لا يكون مسئولا شخصيا عن الدين • ويرى فى ذلك ، تقريبا ، فيحمل التفرقة  
بين هذا النوع من الكفالة والكفالة الشخصية التى فيها ، يضمن الكفيل  
وفاء الدين بذمته المالية كلها •

غير أن التفرقة بين الكفالتين قد تدق ، فى الفرض الذى تكون الكفالة  
الشخصية فيه ، هى نفسها ، مضمونة برهن على مال للكفيل • فيحدث فى  
بعض الأحيان - وبخاصة فى التعامل مع البنوك - أن يستلزم الدائن (البنك )

(١١) جُروا ، المقال سابق الإشارة بند ٢/ ، وفى نفس المعنى د • محمد حسود  
جمال الدين ذكى ، المرجع السابق ص/ ٢٠ ، ٢١ بند ٥/  
(١٢) فى هذا المعنى : جُروا ، المقال سابق الإشارة بند ٢/ ، ولمزيد من التفاصيل  
فى مخاطر الكفالة الشخصية ومزايا الكفالة العينية راجع :

CAILLAUD (G) : Cautionnement réel. Thèse Poitiers  
1987 P. 9 et s No6 , et P. 15 et s No9 et 10

(١٣) أو ما يُعرف فى الفقه الفرنسى به :

la garantie du cautionnement personnel par une  
hypothèque ou un gage

الذى لا يكون واثقا كثيرا من يسار الكفيل ، أن يقدم هذا الأخير تأمينا عينييا ، تأكيدا ( أو ضمانا ) لتعده بالوفاء بدين المدين فى حالة عدم وفاء هذا الأخير به .<sup>(١٤)</sup>

وفى الحقيقة ، يقترب هذان النظامان إلى حد كبير ، حين لا يكون بذمة الكفيل الشخصى المالية ، سوى المال المرهون ضمانا لكفالاته ، إذ تكاد النتيجة العملية للكفالتين ، فى هذه الحالة ، تكون واحدة .<sup>(١٥)</sup>

٤) غير أنه يبقى - مع ذلك - أنه ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين فى محل الضمان ، حيث يضمن الرهن - فى الكفالة العينية - الالتزام الأسمى<sup>(١٦)</sup> ، فيما يضمن - فى الكفالة الشخصية - " الالتزام التبعي "<sup>(١٧)</sup> ، فإنه - فى الكفالة العينية - يكون بين كل من عنصرى الكفالة والرهن فيها " ارتباط لا يقبل الانقسام ، إذ لا يوجد أحدهما إلا بوجود الآخر ، بحيث أنه ، إذا ما كان العقد باطلا ، مثلا ، لى سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون كذلك أيضا ،

---

(١٤) وبه وكذا البعض أن ذلك كثيرا جدا ما يحدث فى التعامل مع البنوك . راجع جُروا / بند / ٣٨ .

(١٥) فالكفيل العينى مسئوليته محصورة فى المال المرهون ، والضمان العام الذى تمثله ذمة الكفيل الشخصى المالية كلها ، لا يتعدى هو الآخر المـال المرهون . راجع فى هذا المعنى ، وفى أوجه الفصل بين الفرضين ، جُروا / بند / ٢٩ هامش / ٣٩ ، وانظر فى أمثلة لأحكام قضائية خلطت بينهما :  
paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2- 18726 et obs.  
PATARIN (j) .

(١٦) التزام المدين .

(١٧) يقصد مسئولية الكفيل ، راجع كايو ، الرسالة سابقة الإشارة ص / ١٨ ، ١٩ بند / ١٥ .

كذلك ، والعكس بالعكس .<sup>(١٨)</sup> " فالكفالة العينية " لا يمكن أن تنحصر عن كفالة فقط ، أو عن مجرد تأمين عيني . إنها لا تكون كذلك ( أي كفالة عينية ) إلا إذا كانت الأمرين معا ( كفالة ورهن )<sup>(١٩)، (٢٠)</sup> . أما في الكفالة الشخصية فإن التأمين العيني الذي يضمنها ، لا يشكل معها كلا لا يقبل التجزئة لسبب بسيط ، أنها " يمكن أن توجد بدونه ، وهي أيضا تعيـش بنده إذا ما أبطل " .<sup>(٢١)، (٢٢)</sup> هذا ، بطبيعة الحال ، فضلا عن الاختلاف بين النظامين في الأثر . الذي يظهر ، إذا لم يختار الكفيل ، في أي من الفرضين سداد الدين ولم تكن قيمة المال المرهون في كليهما ، تكفي لتغطيته ، إذ في الكفالة العينية ، لن يتعدى أثر الكفالة مال الكفيل المحدد الذي قدمه كضمان ، فيما يستطيع الدائن ، في الفرض الثاني ، أن ينفذ على باقي ذممة المدين المالية ، بما له ، مع غيره من الدائنين ، من حق الضمان العام عليها ، إضافة الى ما كان له من ضمان خاص على المال المرهون ضمانا للكفالة<sup>(٢٣)</sup> .

- 
- (١٨)، (١٩) جروا ، المقال السابق بند ٤٢/ (٢٠) وعكس ذلك ، استئناف باريس في ١٠/٢٩/١٩٧٩ ، حكم غير منشور ، أشار إليه جروا بند ٤٢ هامش ٥٧ .
- (٢١) جروا بند ٤٢ .
- (٢٢) وهكذا فإننا ، في حالة الكفالة العينية ، نكون - على حد وصف البعض - بصدد " تأهين مختلط *surêté complexe* " ، فيما نكون ، في فرض الكفالة الشخصية المضمونة برهن ، بصدد " اختلاط تأمينات ، *un complexe de suretés* راجع جروا بند ٤٢ .
- (٢٣) راجع ، في هذا المعنى : كايو ، المرجع السابق ص / ١٨ ، ١٩ بند / ١٥ .

الأساس القانوني لمسئولية الكفيل العيني المحدودة (تعدد الاتجاهات)

### (أ) فكرة الالتزام العيني ، (Propter rem)

(٥) وتجد مسئولية الكفيل العيني المحدودة ، أساسها ، في نظر الفقه التقليدي الفرنسي (٢٤) ، وجاراه في نفس التصور غالبية الشراح المحريين (٢٥) ، فبما يعرف بفكرة الالتزام العيني .

وأما هذه الفكرة يُطلقون هذا الوصف ، على هذا النوع من الالتزامات ، "أنها تتركز في عين معينة بالذات ، فتلاحقها أينما ذهبت ، وتغني بفنائها . وبذلك ينجرد الالتزام من نسبته الى شخص ويستزغ وجوده من تعلقه بمال" (٢٦) وترجع هذه الفكرة ، بأصلها ، إلى النشأة التقليدية بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، فإذا كانت الأخيرة ، على العكس من الأولى ، لا يمكن ، من حيث الأصل ، وبحسبانها سلطة مباشرة على شيء ، أن تتضمن إلزام شخص بأداء إيجابي ، وأن كل صلتها بغير من عدا صاحبها من الأشخاص لا يعدو أن يكون وجوب احترامهم لها ، فيما لا يشكل سوى مجرد واجب سلبي عام يقع عليهم جميعا بعدم الاعتداء عليها ، إلا أن المشرع قد يخرج على هذا الأصل في بعض الاحيان . فعلى سبيل المثال ، يجعل لمالك العقار الحق في

(٢٤) اشار لذلك ، جروا بند / ٢٢ : وانظر في هذا المعنى : مازو (هول. ج) وشاباس المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ .

(٢٥) انظر مثلاً : د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج / ١٠ ص / ٢٠ بند / ١١ ، د . حسام الاهواني المرجع السابق ص / ٥٢٣ بند / ٤٦٨ ، وانظر ايضا ( وان كانا يستخدمان تعبير "المسئولية العينية" ) د . محمد علي امام التأمينات الشخصية والعينية ص / ١٦٧ بند / ٩٧ ، دكتور منصور مصطفى منصور ، التأمينات العينية ١٩٦٣ ص / ١٥١ بند / ٦٨ ، ويستخدم تعبير " مسئول عن الدين " دون وصف لهذه المسئولية " دكتور عبد المنعم البدر اوى ، التأمينات العينية ١٩٧٣ ص / ١٩٨ بند / ١٤٣

(٢٦) اشار لذلك د . شمس الدين الوكيل ، الموجز في نظرية التأمينات ص / ١٩٦٧ بند / ١٨٥ ١٨٦ بند / ٧٧ .

مطالبة جاره بتنفيذ بعض الأداءات ، كالمساهمة معه مثلاً في إصلاح أو إعادة إنشاء الحائط المشترك بين ملكيتيهما (٢٧) . ويستخلص أنصار هذه الفكرة من ذلك، أن الشخص يمكن ، في صور المشرع نفسه ، أن يكون ملتزماً ، دون ما عقد أبرمه ، أو فعل غير مشروع ارتكبه ، وإنما فقط بسبب ، أو لمجرد ، أنه صاحب حق عيني ، وفي حدود قيمة هذا الحق ، فيما يمكن أن يوصف - لذلك - بأنه التزام عيني . وهو ما ينطبق ، في نظرهم ، على التزام الكفيل العيني ، الذي ينحصر ، بدوره ، في العين المرهونة ، وبخول الدائن حقيق تتبعا تحتأى يد تكون ، والذي ينقضي ، بدوره ، إما بدائته أو بالتخلي للدائن عن هذه العين (٢٨) .

٦) بل إنه ، في توضيح أكثر جرأة ، لم يتردد بعض أنصار هذا التصور - مستلهمي فكرته ، على ما يبدو ، من الأحكام الخاصة بحقوق الارتفاق (٢٩) - في القول بأنه ، في حالة الكفالة العينية ، الشيء المقدم لضمان الدين هو السند يقع عليه الواجب ، وليس مالك هذا الشيء (٣٠) ويؤكد أنه ، عندما يكون

(٢٧) مادة ١/٦٥٥ مدني فرنسي ، م/٨١٤ - ٢ مدني مصري .

(٢٨) راجع ، في عرض أوفى لهذه الفكرة ، جروا بند / ٢٤ ،

AUBRY(A) et RAU(C) par BARRIN : cours de droit civil Français 6 éd. To: 4 § 299 P. 57

(٢٩) أشار لذلك ، جروا بند / ٢٢

(٣٠) ويعبر عن هذا التصور بالقول بأن

"C'est la chose donnée en garantie qui doit, et non son propriétaire"

أشار لذلك : جروا بند / ٢٢ ، وراجع ، في مفهوم آخر لفكرة أن "الشيء هو هو الذي يجب عليه" DABIN(j): une nouvelle definition du droit réel. Rev. trim. 1962 P. 41

حيث يؤكد أن الأشياء "لا يمكن أن تكون مستولة بدين أو التزام" وهو يفهم دين الشيء ، في معنى "العبء الذي ينقله" أي ما يتعرض له الملكية عليه من "بتر ، كبير أو صغير في حجمه ، طويل أو قصير في مدته" وما التزام مالك هذا الشيء ، كجميع الأشخاص في المجتمع ، باحترام هذا العبء ، إلا النتيجة الضرورية لسبق وجوده على مالكه ، وما يقابلته من حق لمن ترتب لمصلحته .

مال ما ، قد أثقل برهن ، ضمانا لدين الغير ، فإن الكفيل الحقيقي يكون هو هذا المال <sup>(٣١)</sup> . فهذا الأخير هو " الملتزم بأن يفى بالدين في حالة عدم وفاء المدين به " <sup>(٣٢)</sup> ، وهو الذي " يضمن هذا الدين بكل قيمته ، تماما كالكفيل الحقيقي ( أي الشخصي ) يضمن تعهده بكل تروته " <sup>(٣٣)</sup> كل ما في الأمر أنه " ينبغي أن يكون لهذا المال ممثل ، يمكنه من أن يرتضى هذا الالتزام ، ويمكن للدائن من اقتضاء الدين في مواجهته . وهذا الممثل هو الكفيل العيني <sup>(٣٤)</sup> " .

٧) ولانظر أنه يبتعد كثيرا عن التمورات السابقة ، مايقول به البعض في مصر من أن الكفيل العيني يكون مستولا " ستوليد عينية " <sup>(٣٥)</sup> ، نشأت " بسبب قيامه برهن مال من أمواله ضمانا للدين " <sup>(٣٦)</sup> فهو إذن يتحمل هذه المسؤولية " بسبب " <sup>(٣٧)</sup> هذا " المال " <sup>(٣٨)</sup> وفي حدوده فقط <sup>(٣٩)</sup> .

#### ( ب ) فكرة لإدراجية الالتزام <sup>(٤٠)</sup> في عنصرى مديونية ومسئولية

٨) غير أن فكرة الالتزام العيني ، التي حظيت بالاحترام لفترة طويلة من الزمن ، أصبحت - كتفسير لمسئولية الكفيل العيني المحدودة - تتعرض ، في الوقت الحاضر ، للنقد الشديد <sup>(٤١)</sup> .

(٣١) الى (٣٤) كايو ، المرجع السابق ص/ ٢٩ بند ١٦ : وانظر ايضا ، نفس المؤلف ص/ ١٣ بند ٨

(٣٥) الى (٣٩) د . محمد على امام ، المرجع السابق ص ١٦٧ بند ٩٧ .

(٤٠) La théorie dualiste de l'obligation

(٤١) وتجدر الاشارة ، ابتداءً ، إلى أن هذه الفكرة لم تكن ، في الحقيقة ، قد ظهرت من أجل الكفالة العينية ، ويعتبر البعض ، من الأمور ذات المغزى ، أن مبتكرها أنفسهم لم يذكروا هذا العقد ، على الاطلاق ، ضمن ما مثلوا به لها . راجع : جروا بند / ٢٥ .



(٩) وقد كان الفقيه الفرنسي جُروا ، من أشد المعارضين لها • وخلاصة ما أخذه عليها :-

- ١- أن التعبير " التزام عيني " هو " تعبير غير علمي " (٤٢) ، لأن الأشخاص هي ، وحدها ، التي يمكن أن تفرض عليها الواجبات (٤٣) .
- ٢- أن مسئولية الكفيل العيني - إن جاز القول بأنه يتحمل التزاما - لا تكون كما يزعم أنصار هذه الفكرة ، بسبب المال الذي قدّمه ضمانا لدين الغير ، وإنما بسبب العقد الذي أبرمه مع الدائن • ولا يعدو هذا المال أن يكون سوى " حد " • تعهد هذا الكفيل ، ووسيلة الوفاء به بهذا التعهد (٤٤) • ولذلك ، فإن قيساس الكفالة العينية على ما قد يكون الجار ملتزما به في مواجهة جاره ، كما فعل أنصار هذه الفكرة ، هو قياس مع الفارق ، لأن هذا الالتزام لا يجد مصدره ، كالكفالة ، في عقد مبرم بين هذين الجارين ، وإنما في نص القانون •

٣- أنه من الصعب التسليم ، بذلك الربط الدائم ، الذي يقول به أنصار هذه الفكرة ، بين حقوق الدائن ، في الكفالة العينية ، والشئ الذي ترد عليه

---

(٤٢) ، (٤٣) أو على حد تعبيره :  
" car une chose n'est pas suj<sup>e</sup>t de droit " N<sup>o</sup> 22

وانظر في نفس المعنى : د • شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص/ ١٨٦ ، بند/ ٧٧ حيث يرى أن نظرية الالتزام العيني " تحمل إسمائتمن تعارضهما ظاهرا ، إذ عبارة الالتزام تقتضى حتما إسناده إلى شخص يستطيع الدائن أن يجبره على الوفاء به " .

وانظر أيضا ، في معنى أنه ، حتى في الارتفاقات ، فإن هذه الأخيرة تقع على مالك العقار المرتفق به : جروا بند/ ٢٢ : وكذلك

H. CAPITANT: Des obligations de voisinage. Rev. Crit. 1900 P. 162

(٤٤) جروا بند/ ٢٥

هذه الكفالة • ذلك أن ما يعنى الدائن لا يكون فى الحقيقة هو هذا الشيء ،  
 ، وإنما قيمته المالية ، وما حقوقه على هذا الشيء ، إلا مجرد وسيلة لتمكينه  
 من استيفاء دينه من هذه القيمة • ومن ثم يكون الأولى من القول بأن  
 الكفيل يكون مسئولاً بسبب الشيء ، القول بأن الشيء يكون مهدداً بسبب  
 التزام الكفيل (٤٥) •

١٠) فضلاً عن هذه الانتقادات ، فإن جروا يشك - أصلاً - فى أن يكون الكفيل  
 العينى " ملتزماً " بالدين تجاه الدائن ، حتى ولو فى حدود قيمة هذا الشيء .  
 وحجته فى ذلك أنه غير ملزم قانوناً بسداده ، حيث يمكنه أن يكتفى بترك  
 الشيء لينفذ عليه الدائن بحقه • والأمور الاختيارية على هذا النحو لا تشكل  
 التزاماً حقيقياً (٤٦) •

وفى سبيل التأكيد على صحة هذا الشك ، يتساءل جروا ، من أين أتى  
 الكفيل مثل هذا الدين ، إذا كان الفرض أنه ليس هو الذى أنشأه ، ولا كان  
 هذا الدين قد انتقل إليه • ويجب ، إنه لا يمكن أن يكون ما يتحمله الكفيل  
 هو التزام المدين ، لأنه ، دون انتقال للالتزام ، لا يمكن أن يلزم الشخص  
 ، إلا نفسه ، ولا يتصور أن يكون ملتزماً بدين غيره • كما لا يمكن أن يكون هو  
 دين خاص به نتج عن العقد الذى أبرمه مع الدائن ، لأن الكفالة العينية لا تنشأ  
 ثمقدين جديد ، وإلا وجد الدائن نفسه على رأس حقين (٤٧) " وهذا غير صحيح •

(٤٥) "C'est moins la caution qui est engagée à raison de la chose que la chose qui est menacée à raison de l'obligation de la caution" GRUA No 25  
 (٤٦) " or ce n'est pas une véritable obligation que cell qui est Facultative" GRUA No 27 ,

ونظر فى نفس المعنى أيضاً : دابان (ج) المقال سابق الإشارة ، ص / ٤٠  
 (٤٧) جروا بند / ٢٧ •

وهكذا يخلص إلى أنه ليس هناك في الحقيقة إلا التزاما واحدا ، هو الالتزام الذي يقع على المدين . أما ما يتحمله الكفيل العيني فهو أمر آخر تماما .

(١١) وفي محاولة لتحديد هذا الأمر الآخر ، يوضح جروا أن الدين ، في الكفالة العينية ، إذا لم يكن هو حقيقة دين الكفيل ، إلا أن هذا الأخير يضمنه . وشخصه يكون في كل الأحوال مشتركا ، أو على حد تعبيره - "متورطا" في العملية . ومن ثم يكون من المبالغ فيه القول بأن حقوق الدائن "يُظلمع بها المال وحده" <sup>(٤٨)</sup> . ذلك أن تحليل أي نوع من التأمينات يُظهر أن الشخص الذي يقدمها "يُعاني إجبارا ، يرغبه على أن يسدد" <sup>(٤٩)</sup> الدين الذي تضمنه . فهذه التأمينات ، ليست في النهاية إلا وسيلة مُغط على الشخص لقهره على الوفاء ، لأن ما يهيم الدائن ليس هو التسلط على المال محلها ، بقدر ما هو استيفاء دينه . وهكذا فإن الدائن - في الكفالة العينية لا يكون له فقط مجرد حق مباشر على الشيء ، وإنما "تزدوج مع هذا الحق رابطة قانونية بينه والكفيل العيني ، تمكنه من ممارسة سلطان على شخصه" <sup>(٥٠)</sup> . هذه الرابطة تبدو "فريدة في نوعها" <sup>(٥١)</sup> "فالكفيل تعاقده ، لكنه لستم يلتزم . وهو غير ملتزم ، لكنه يوجد تحت سلطان الدائن" <sup>(٥٢)</sup> .

(١٢) وليس من شأن فكرة الالتزام العيني أن تحسن ، في نظر جروا ، تفسير هذه الرابطة الفريدة ، مادام ليس هناك من دين خاص يتحمله الكفيل ، إنما الذي يُحسن تفسيرها عنده ، هو النظرية ازدواجية للالتزام <sup>(٥٣)</sup> . تلك التي تقوم

---

" sont confinés sur le bien " No 27 (٤٨)

(٤٩) - (٥٢) جروا بند / ٢٧

(٥٣) وبعض الشراح المصريين ، من نفس هذا الرأي أيضا . راجع : د شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص / ١٨٦ بند / ٧٧ ،

على التمييز ، أو الفصل ، في هذا الأخير ، بين : الواجب القانوني بتنفيذ  
أداء ما ، أو ما يسمى بعنصر المديونية ، وبين سلطة الجبر أو القهر (٥٤) ،  
أو ما يسمى بعنصر المسؤولية . (٥٥) والكفالة العينية هي أحد الامثلة على هذا  
التمييز أو الفصل . فالكفيل العيني " يعانى قهرا ، دون أن يوجد على رأسه  
دين . فهو ليس ملتزما بدين شخص آخر ، وإنما هو مجبر من أجل دين على  
آخر " (٥٦) .

(١٢) وهكذا ينتهى جروا من هذا التحليل ، إلى نتيجة هامة ، وهي أنه ليس هناك  
كبير فرق بين مركز الكفيل العيني ، ومركز الكفيل

---

(٥٤) التي تمكن للدائن ، في حالة عدم الوفاء الاختياري بهذا الواجب ، من الحصول  
على تنفيذه جبرا .

(٥٥) راجع في هذه النظرية :

MARTY (G) et RAYNAUD (P) : Droit civil. To. 2  
(1-Vol) 1962 p. 8 ets No 2 bis , CARBONNIER (J)  
Droit civil T.4 1969 P. 447 No 122

، د . عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام ١٩٦٩ ص/ ١٧ بند ١١ ،  
(٥٦) جروا بند ٢٧ ، ويقترب د . سمير عبد السيد تناغو ( الذي يقول ان الكفيل  
العيني " ليس مدينا راهنا لأنه لا يرهن مالا ضمانا للوفاء بدينه ، ولكنسه  
كفيل راهن " ) التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥ ص/ ١٨ بند ٥ ، وقمارن  
د . شمس الدين الوكيل ص / ١٨٦ بند ٧٧ الذي - مع استعانتة أيضا فسى  
تأصيل مركز الكفيل العيني ، بعنصرى المديونية والمسؤولية في الالتزام  
ينتهى إلى أن الكفيل العيني " تتوافر فيه صفة المديونية ، في مواجهة  
الدائن المرتهن ؛ ولكنه يحدد المسؤولية عنها في نطاق القيمة الاقتصادية  
للضمان المخصص للوفاء " وهو يصل إلى هذه النتيجة من بداية ، مفادها  
أن " كل التزام تتوافر فيه المديونية ، مع أن ذلك لا يقتضى حتما توافر  
مسؤولية مطلقة عن أداء الالتزام بل يجوز الحد من هذه المسؤولية وليس في  
القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق .

(٥٧) . فكل منهما ، يكون خاضعا لجبر (أو قهر) دون واجب" (٥٨) .  
وينحصر الفارق بينهما ، فى أن قهر الأول يكون بواسطة تأمين عيى ، فيما  
يكون قهر الثانى بواسطة حق الضمان العام . وشخص كل منهما يكون دائما  
مشتركا (أو متورطا) فى العملية" (٥٩) . فقط ، الطريقة ، أو الوسيلة  
الفنية لهذا الاشتراك ، هى التى تختلف . لكن "اختلاف طبيعة التأمين  
المعطى ، لاتؤثر بعمق فى طبيعة حق الدائن" (٦٠) . ففى كل من الكفالتين  
يكون المرء إزاء سلطة قهر ، ثابتة لدائن ، فى مواجهة شخص ، لا يتحمل بدین (٦١)  
خطوة البحث ، تقسيم ،

إن وجود كل من جهتى الكفالة والرهن ، فى كفالتنا موضوع البحث ، يجعل  
أولى الخطوات إلى كشف خصوصيات أحكامها ، هو وضعها تحت منظار كل  
منهما على استقلال ، لبيان إلى أى مدى يمكن أن تستجيب للأحكام المتعلقة  
به وسوف تخصص لذلك الفصل الأول من هذا البحث .  
غير أن هذه الخطوة وحدها ستكون قاصرة فى الحقيقة عن استجلاء كل  
غموض هذه الفكرة . وفيها تجاهل لحقيقة تلك الطبيعة المركبة لهذا

---

(٥٧)، (٥٨) وهو يعتقد أن المادة / ٢٠١١ مدنى ، تؤيده فى هذه الفكرة ، حين قضت  
بأن : من كفل التزاما ، فانه يكون عرضة (أو خاضعا) فى مواجهة  
الدائن (se soumet envers le créancier)  
للوفاء به ، إذا لم يف به المدين نفسه " .  
أما المادة / ٧٧٢ مدنى مصرى ، فإن صياغتها لاتعبر - حقيقة - بوضوح  
فى معنى هذا الخضوع . فهى تكتفى بالقول بأن " الكفالة عقد بمقتضاه  
يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام  
إذا لم يف به المدين نفسه "

(٥٩) (٦١) جروا هند / ٢٨

النوع من الكفالة ، التي تبدو أشبه بالشركة الهجين ، التي يساهم في تكوينها عناصر مختلفة : هي الكفالة كتأمين شخصي ، والرهن كتأمين عيني .

ولما كان لكل من نوعي التأمينات هذين أحكامه الخاصة به التي تتفلسف وطبيعته ، والتي قد تكون متعارضة ، ولو في جانب منها ، مع أحكام النوع الآخر ، كان من الضروري أن تأتي الخطوة الثانية ، الأكثر صعوبة بحق ، وهي ضرورة مواجهة نظامنا هذا المركب ، من خلال نظرة مزدوجة ، متزامنة ومقربة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا . وهو ما سنخصص له الفصل الثاني من هذا البحث .

على أن هناك ملاحظة يجدر التنويه بها ، قبل الخوض في تفاصيل هذه الدراسة ، وهي أننا لن نتوقف طويلا بالدرس والتحليل ، عند كل ما يعتبر من أحكام الكفالة العينية ، مجرد تطبيق محض لأحكام الرهن أو أحكام الكفالة الشخصية ، إذ الهدف من هذا البحث هو إبراز ما يخص كفالتنا موضوعه ، من الأفكار والأحكام التي تملئها طبيعتها الخاصة .

## الفصل الأول

### أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة للأحكام المتعلقة بكل من الرهن والكفالة على استقلال

#### - تقسيم

نوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين ، على النحو التالي :

### المبحث الأول

#### مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالرهن

#### - تمهيد :

ضرورة التمييز في النصوص المتعلقة بالرهن بين ما يواجه منها الرهن بصفته مجرد منشئ للضمان وما يواجهه منها بصفته مديناً أيضاً .

#### - تقسيم :

(١٤) إذا كان المشرع - سواء في مصر أم فرنسا - قد نظم ، حقيقة ، أحكام الرهن الرسمي والحيازي ، مفترضا أصلا أن الراهن هو المدين <sup>(١)</sup> ، إلا أن هذه

(١) وإن أشار كل منهما ، عرضا ، إلى جواز أن يكون الراهن شخصا غير المدين (انظر م/١٠٢٢-١ مدني مصري ، في الرهن الرسمي ، م/١٠٩٦ في الرهن الحيازي ، وانظر م/٢٠٧٧ مدني فرنسي في الرهن الحيازي ) : وانظر ، في مصر ، بعض النصوص المتفرقة ، التي عرض فيها المشرع لبعض أحكام هذا الغرض ، وهي (م/١٠٤٢-٢ ، م/١٠٥٠ ، م/٢٠٥١-٢) .

وحتى في القوانين الفرنسية الأكثر حداثة ، كرسوم أول مارس ١٩٦٧ في شأن الحجز على العقارات ، وقانون ١٥ يونيو ١٩٧٦ في شأن بعض فروض حوالة الحقوق ، لم يتبصر المشرع الفرنسي الغرض محل البحث ، حيث يكون الضمان مقدما من شخص غير المدين ، أشار لذلك جروا ، بند ٨ / وهامش / ٠٠٦ .

الحقيقة لاتحول دون تصوّر مبدأ إمكان خضوع علاقة الدائن بالكفيل العيني لقانون الرهن بنوعيه ، حيث تستجيب هذه الإمكانية ، فى الواقع ، لإرادة الطرفين المشتركة :

فمن ناحية الدائن ، لايعنيه ، بداهة ، شخص مقدّم الضمان ، بقدر مايعنيه الضمان نفسه . ومن ثم فإنه سيقبل بسهولة ، الرهن المقدم من جانب الكفيل مادام أنه سيخوله ، أملا ، نفس الحقوق ، ويكفله نفس الضمانات التى كان ليوجد ها ، قانونا ، لو أن هذا الرهن كان معقودا على مال المدين .

والكفيل - بدوره - حينما قدّم باختياره ، رهنا على مال محدد من أمواله قصد تقوية ائتمان المدين ، لم يقصد ، فى الواقع ، الانتقاص من حقوق الدائن الدائن هذه ، القانونية ، أو ضماناته ، وإلا كانت الخدمة التى يسديها ، للمدين خدمة ناقصة .

(١٥) وهكذا فإن التفسير المعقول لإرادة المتعاقدين ( الدائن والكفيل العيني ) ينتهى إلى القول بأنهما قد قصدا أن تخضع علاقتهما لقانون الرهن ، الرسمى أو الحيازى ، على حسب الأحوال .

لكن ، هل لكل أحكام هذا القانون أو ذاك ؟ بالطبع لا ، لأن هناك فارقا هاما لايصح إغفاله ، بين مركز الكفيل العينى ومركز المدين . إن كلا منهما يشترله فى صفة أنه منشىء لضمان ، هذا صحيح ، لكن صفة المديونية لاتثبت إلا للمدين وحده .

لذا - فإنه ، فى البحث عما إذا كان نص ما فى قانون الرهن الرسمى أو الحيازى ، ينطبق على الكفيل العينى أم لا ، يتعين إخضاعه للتحليل



التالى : هل قصد المشرع به ، أن يواجه الطرف السلبي فى العلاقة الرهنية بحسابه مجرد منشيء للضمان ، أم قصد أن يواجهه بحسابه مدينا أيضا . وفى الحالة الأولى فقط ، يمكن أن ينطبق هذا النص على الكفيل العيني .

ونفصل فيما يلى ، ما أجملناه ، موزعين الدراسة فى هذا البحث على ثلاثة مطالب على النحو التالى :-

## المطلب الأول

أحكام الرهن التى تواجه الطرف السلبي فى العلاقة الرهنية بحسابه

مجرد منشيء ضمان

إمكان انطباق هذه الأحكام على الكفيل العيني ، أمثلة :

(١٦) أشرنا إلى أن أحكام الرهن ، التى تواجه الطرف السلبي فى العلاقة الرهنية بحسابه. مجرد منشيء ضمان ، يمكن أن تنطبق على الكفيل العيني حيث تثبت له ، بدوره ، هذه الصفة . ولذلك :-

أ - الكفيل العيني ، وسلطات المالك الراهن :

(١٧) يجوز للكفيل العيني ، حين تتم هذه الكفالة بواسطة رهن رسمى " أن يتصرف فى العقار المرهون ، وأى تصرف يصدر منه لا يؤثر فى حق الدائن المرتهن <sup>(٢)</sup> . كما أن له - بداهة - والفرض أنه لا يزال مالكا " للعقار المثلث بالرهن ، أن يباشر على هذا العقار ، مظاهر الأعمال القانونية الأخرى التى تدخل فى ممارسة حق الملكية : لأن يثقله ، مثلا ، برهن آخر <sup>(٣)</sup> . كذلك يكون له

(٢) م/١٠٤٣ مدنى مصرى

(٣) فى هذا المتن : كادو ، المرجع السابق ص / ١٣ ب ، ٥١ /

" الحق في إدارة العقار المرهون ، وفي قبض ثماره ، إلى وقت التحاقها  
بالعقار (٤) .

#### ب - الكفيل العيني ، وسلامة الرهن :

١٨) يلتزم الكفيل العيني ، كالمدين الراهن ، " بضمان سلامة الرهن . ولدائن  
المرتهن أن يعترض على كل عمل أو تقمير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصا  
كبيرا . وله في حالة الاستعجال أن يتخذ مايلزم من الوسائل التحفظية ، وأن  
يرجع على " (٥) الكفيل العيني " بما ينفق في ذلك " (٦) .

#### ج - الكفالة العينية ، والأجل الممنوح للمدين الأصلي :

١٩) ويرى البعض في الفقه الفرنسي إمكان تطبيق نص المادة / ١١٨٨ مدني على  
الكفالة العينية ، فيما يقضى به هذا النص من سقوط للأجل ، حين يكون  
" المدين " قد تسبب - بفعله - في إضعاف ما كان قد قدمه ، بموجب عقده  
مع الدائن ، من تأمينات ، حيث أن لفظة " المدين " التي استخدمها المشرع  
في هذا النص ، يجب - عنده - ألا تؤخذ بمعناها الحرفي ، وإنما فقط بمعنى  
" منشي الضمان " وينتهي من ذلك ، مواءمة ، أن الاجل سوف يسقط ، بالنسبة  
للمدين ، في هذا النوع من الكفالة ، حينما يكون " الكفيل هو الذي أضعف

---

(٤) م/ ١٠٤٤ مدني مصري

(٥) ، (٦) م/ ١٠٤٧ مدني مصري ، وانظر أيضا نص المادة / ١١٠١ في جالسه الرهن الحاساري  
وانظر في نفس المعنى ، ومن مثال لهذا الالتزام بالتمسك - كاجوز - السرق - مع  
السابق في / ٦٣ بند / ٥٢ -

- بفعله - التأمين" (٧) الذي قدمه على ماله .

وقد لا يكون في هذا الاستخلاص كبير ظلم ، ولاتقول ثمة ظلم ، حين تكون الكفالة قد تمت بعلم المدين ، أو من باب أولى ، كان هو الذي استحدث تدخل الكفيل خدمة له ، حتى يستطيع أن يحصل على الأجل من الدائن .

إنما يبدو وجه الظلم ، على العكس ، أوضح ، حين تكون هذه الكفالة قد تمت دون علم هذا المدين ، أو بالرغم من معارضته ، أو من باب أولى ، كانت قد تمت لمصلحة الدائن وحده (٨) إذ في هذه الحالات ، يتحمل المدين تبعمة عمل ، ليس فقط لا يد له فيه ، إنما تم بالفرض من جانب شخص لم يطلب منه هذا المدين ، أن يتدخل إلى جانبه .

وربما كان ليتصور ، عندئذ ، أن يكون الحل الأعدل ، هو قصر هذا السقوط ، أو بعبارة أخرى ، حصره ، في علاقة الدائن بالكفيل ، ليبقى الأجل قائما بالنسبة للمدين ، لولا أن هذا الحل ، دونه ، مبدأ عدم جواز الكفالة " بشروط أشد من شروط الديع المكفول" (٩) ، أو بعبارة أخرى ، عدم جواز أن يتجاوز التزام الكفيل ، ولو في وصفه ، التزام المدين ، وذلك

---

"le débiteur se trouve encore déchu du terme (٧) lorsque C'est la caution , qui, par son Fait, diminue la sureté" . GRUA No 11

وانظر أيضا ، في نفس المعنى :  
DAGOT(M) : La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1.. doct- 2693

(٨) كأن تكون قد أبرمت ، بعد نشوء الدين ، لتأمين الدائن ، دون أية فائدة للمدين" . د . د . محمود جمال الدين ذكي ص / ١٣٠ بند / ٢٠٧ .

(٩) م / ٧٨٠-١ مدني مصره/ ويقابلها في فرنسا م / ٢٠١٣ - ١

د - الكفالة العينية برهن حيازي ، والمصروفات التي ينفقها الدائن على المال المرهون :

(٢٠) تلزم المادة / ٢٠٨٠ - ٢ مدني فرنسي المدبن ، في الرهن الحيازي ، بأن يدفع للدائن المرتهن " المصروفات النافعة والضرورية ، التي أنفدتها هـذا الأخير ، من أجل المحافظة على المال المرهون " .

ويسلم الفقه المصري بنفس الحكم أيضا ، تطبيقا للقواعد العامة نفسها (١١) رغم عدم تحمّن المجموعة المدنية المصرية للنص مشابه .

ويطبق البعض في فرنسا ، حكم هذا النص ، على الكفيل العيني ، مادام

(١٠) راجع ، في عدم إمكان أن يتجاوز التزام الكفيل ، الالتزام الأصلي ، في وصفه وتطبيق هذا المبدأ على أجل كوصف للالتزام ، مازو ( هول - جا ) وشاباسي ، المرجع السابق ص / ٢٠ بند ١٣ دكتور / محمود جمال الدين ذكي بند / ٤١ ، ص / ٧٢ ، وانظر في هذا المبدأ بوجه عام .

LAURENT(F): principes de droit civil Français. Io : 28 P. 170 No161 , BAUDRY- LACANTINERIE et WAHL: Traité théorique et pratique de droit civil T. 21 p. 471 et s No 964 , DUPOUY et FESSAYRE: précis de droit civil. Io 2 éd. 1980 P. 180.

وراجع ، في تأكيد بانطباق هذا المبدأ على الكفالة العينية ، كايو . المرجع السابق ص / ٣٥ بند / ٢٥ .

(١١) راجع مثلا . د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٣٩٩ ، بند / ٢٥٥ ، وهو يجعل ، أخذاً من آخرين (هم : بلانيول وبريير ، بودري لكانتينيري و د . د . ام . سن . أشار إليهم في هامش / ١ ) حق الدائن ، في الرجوع ، في حالة المصروفات النافعة ، في حدود ما نشأ عن هذه المصروفات ، من زيادته في قسم ... المال المرهون .

أن العلاقة الرهنبة ، في هذا الغرض ، تكون بين الدائن الذي أنفق هــ ،  
 المصروفات وهذا الكفيل ، وليس المدين . بل إن هذه العلاقة قد تكون دون  
 علم هذا الأخير . فقط يرى أن للكفيل العيني بمقتضى المادة / ٢٠٢٨ مدنى  
 أن يرجع بهذه المصروفات ، بدوره ، على المدين . بما يعنى أن هذا الأخير  
 " هو الذى سوف يتحمل في النهاية هذه المصروفات " (١٢) .

ونحن نعتقد أن القول برجوع الكفيل على المدين ، بهذا النوع مسـن  
 المصروفات ، محل نظر . وأنه يستند إلى تفسير خاطئ لمفهوم المصروفات  
 التى يجوز للكفيل أن يرجع بها على المدين ، طبقا للمادة / ٢٠٢٨ - ٢ مدنى  
 فرنسى التى تم الاستناد إليها (١٣) . فالـمصروفات ، فى معنى هذه المادة  
 ، ليس يقصد بها ، فى اعتقادنا ، الأموال التى ينفقها الدائن ، أو الكفيل ،  
 على أى نحو ، بمناسبة الكفالة ، وإنما يلزم ، فيما نعتقد ، أن تكون  
 قد أنفقت بسببها (١٤) ، بما يبرر — حتى عدالة — الرجوع بها على المدين  
 وهو ما لا يتحقق فى الغرض محل البحث ، حيث أنفقت هذه المصروفات على  
 مال يخص الكفيل العيني ، ومن أجل المحافظة على هذا المال . وقد كسان  
 الكفيل سيد فعها ، على أية حال ، حتى ولو لم يكن قد تقدم كفيلًا به ، وذلك

---

(١٢) كابو ، المرجع السابق ص / ٥٢ بند / ٤١ ، وقارن - مع ذلك - تحديده لمفهوم

المصروفات فى معنى المادة / ٢٠٢٨ - ٢ ، ص / ٨٤ بند / ٦٦ .

(١٣) ويقابلها فى مصر نص المادة / ٨٠٠ - ٢ الذى يجرى على نفس النسق .

(١٤) وهو ما يعبر عنه البعض بأنها ، قد أنفقت " نتيجة للكفالة " راجع ،

د . محمود جمال الدين ذكى ص / ١٣٢ بند / ٦٧ ، وانظر ايضاً :  
 لوران ، المرجع السابق ج / ٢٨ ص / ٢٤٥ وما بعدها بند / ٢٣٤ ، بودرى  
 لاكانينرى وقال ، المرجع السابق ص / ٥٢٣ وما بعدها بند / ١٠٨١ .

حفاظا على ماله هذا ، أى لمصلحة نفسه ، بما لا يمكن معه القول - بدقة - بأن المدين هو الذى تسبب فيها ، أو أنها قد أنفقت بسبب الكفالة . يستوى فى هذا الذى نقول به ، أن تكون إضافة هذه المصروفات إلى أصل الدين - المكفول قد جعلت إجبارى حق الدائن يتجاوز قيمة المال المرعون ، أم بفى هذا الإجمالى معها - أقل من هذه القيمة . إذ فى النرض الأول ، لن يكون الكفيل مسئولا إلا فى حدود القيمة الاقتصادية لماله المرهون ، وفى الفرض الثانى تكون هذه المصروفات قد أنفقت لمصلحته (١٥) .

### هـ - الكفالة العينية برهن حيازى ، والتزامات الدائن المرتهن :

(٢١) وحين تكون الكفالة العينية قد تمت بطريق الرهن الحيازى ، يكون على الدائن الذى تسلم الشيء المرهون المملوك للكفيل العينية ، أيضا ، أن يحافظ عليه ، وأن " ببذل فى حفظه وصيانتة " ، من العناية ، ما يبذله الشخص المعتاد " (١٦) . ويكون مسئولا ، فى مواجهته " عن هلاك " هذا الشيء (١٧) ، " أو تلفه ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه " (١٨) . ويكون عليه - عند البعض من الشراح - دفع الضرائب والرسوم المفروضة على الشيء ،

(١٥) راجع ، بوجه عام ، فى مفهوم المصروفات التى يمكن أن يرجع بها الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية : لوران ، المرجع السابق ج/ ٢٨ ص / ٢٤٥ بند / ٢٣٤ ، بودرى لاكانتيوى وقال ، المرجع السابق ص / ٥٢٢ وما بعده بند / ١٠٨٠ د ١٠ السنهوري ص / ١٧٥ بند / ٦٣ د محمد كامل مرسى ص / ١٢٠ وما بعده بند / ١٠٥ .

(١٦) الى (١٨) م / ١٠٣ مدنى مصرى ، ويقابلها فى فرنسانص المادة / ٢٠٨٠ - مدنى ، وإن كان النص المصرى يجعل من التزام الدائن بسلامة الشيء المرهون التزاما بنتيجة " هى أن يبذل هذا الشيء فى حيازته ، بالحالة التى كان عليها وقت أن تسلمه " راجع د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٤٠٢ بند / ٢٥٨ ، فيما يكون هذا الالتزام فى النص الفرنسى ، مجرد التزام ببذل عناية وهو ما يقتضيه لا يكون الدائن مسئولا ، إلا إذا ثبت أنه ماله فى المحافظة على الشيء . راجع فى هذا الصنف ، ضمنا ، كابو ص / ٥٤ ، ٥٥ بند / ٤٣ .

بحسبان ذلك ، مما يدخل في أعمال الميانه<sup>(١٩)</sup> كما أن عليه ، وهو يتولى إدارة هذا الشيء ، أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الرجل المعتاد .  
ولبس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء<sup>(٢٠)</sup> الكفيل العيني " ويجب عليه أن يبادر بإخطار<sup>(٢١)</sup> هذا الأخير " عند كل أمر يقتضى تدخله<sup>(٢٢)</sup> .

ويرى البعض في الفقه الفرنسي ، أنه يجوز للكفيل العيني ، إذا ما أساء الدائن إدارة ماله المرهون ، أن يجبره - قضاء - بمقتضى المادة / ٢٠٨٢ - ١ على رده له<sup>(٢٣)</sup> .

#### و - الكفالة العينية ، والخاصية التبعية للرهن :

٢٢) وأخيرا ، تحتفظ الكفالة العينية ، أيضا بما للرهن من خاصية تبعية . ومن ثم فإنها تزول ، إذا انقضى الدين المضمون ، وعلى الأخص إذا كان هذا الانقضاء بتجديده عن طريق تغيير المدين فيه . وقد حرص المشرع المصري ، على النص في المادة / ٣٥٨ مدني ، على أن " الكفالة ، عينية كانت أو شخصية " .  
لا تنتقل إلى الالتزام الجديد ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء<sup>(٢٤)</sup> .

---

(١٩) في هذا المعنى دكتور محمود جمال الدين ذكي ص / ٤٠١ بند / ٢٥٨ ، وانظر أيضا كابو ص / ٥٨ بند / ٤٧ وإن أسس هذا الالتزام ، على أنه يمثل الوجه المقابل لحق الدائن الذي تقرره المادة / ٢٠٨٥ - ٢ مدني فرنسي .

(٢٠) (٢١) (٢٢) م / ١١٠٦ - ١ مدني مصري

(٢٣) كابو - ص / ٥٥ بند / ٤٣

(٢٤) وبقياباسها في فرنسا ، تقريرا ، نص المادة / ١٢٢٩ الم - دلة بقاوير ١٦ بوليسيه ١٩٧١ . ولزمزيد من التفاصيل في هذا الشأن راجع : داجو ، مدال ١٩٧٥ سابق الإشارة .

## المطلب الثاني

أحكام الرهن التي تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية بحسبانه  
منشئ ضمان ، ومديناً مسؤولاً شخصياً عن الدين ، في آن واحد

عدم انطباق هذه الأحكام على الكفيل العيني ، أمثلة

(٢٣) أشرنا إلى أن هناك جانباً من النصوص التي تحكم الرهن الرسمي والحيسازی ،

تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية ، بحسبانه ، في آن واحد ، منشئ

ضمان ، ومديناً مسؤولاً شخصياً عن الدين ، بمعنى أن " اجتماع هاتين

الصفتين فيه ، يكون هو علة وجود هذه النصوص . ومن ثم فإن هذا الجانب  
(٢٤)

لن ينطبق — على العكس — على الكفيل العيني .

ونوجز ، فيما يلي ، بعض الأمثلة لذلك :

أ - الكفيل العيني ، وتخلية العقار المرهون :

(٢٥) فعلى العكس من المدين ، تثبت للكفيل العيني رخصة تخلية العقار المرهون .

وثبوت هذه الرخصة له ، وعدم ثبوتها للمدين ، أمر مفهوم في الحقيقة . إذ

هي بالنسبة للأخير لن تفيد ، في الواقع ، شيئاً ، مادام أن تخليه عن حيازة

العقار المرهون ، لن يجعل أمواله الأخرى بعيدة عن متناول الدائن ، لأنه

---

(٢٤) جروا ، بند / ١٣

(٢٥) ويرى البعض في ثبوت هذه الرخصة له ، إحدى مزايا نظام الكفالة

لعيني تراجع ، كايو ص / ١٥ بند / ١٠ .



(٢٦) مسئول شخصيا عن الدين في كل ذمته المالية . فيما تكون لهذه النخلة - على العكس - كل أهميتها بالنسبة للكفيل العيني الذي تنحصر - بالفرض - مسئوليته في العقار موضوعها . إذ بها ، على الأقل ، يحافظ - كحائز العقار المرهون ، على مظاهر ائتمانه ، ويبقى سمعته المالية مسر خطر الإضرار بها فيما لو كانت إجراءات التنفيذ على هذا العقار ستتخذ في مواجهته ، الناتج ( أي هذا الإضرار ) من الاعتقاد ، المحتمل ، بأن هذا التنفيذ يرجع لإعساره .

وهكذا قضت الفقرة / ٢ من المادة / ١٠٥١ مدني مصري ، بأنه " إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، جاز له أن يتفادى أي إجراء موجه إليه ، إذا هو تخلى عن العقار المرهون ، وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار " .

(٢٧) والفقه المصري يجمع على ثبوت هذه الرخصة للكفيل العيني فقط . تختلف الآراء ، فيه ، حول أساس هذا الحكم ، باختلاف النظرة لمركز الكفيل

---

(٢٦) في هذا المعنى : جروا بند / ١٥ ، وقرب د . محمود جمال الدين ذكسي ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ .

(٢٧) راجع مثلا : د . السنهوري ص / ٥٧٧ بند / ٣٠٥ ، د . محمد كامل مرسى التأمينات الشخصية والعينية ط / ٣ ١٩٣٨ ص / ٢٢ بند / ١٧ ، دكتور سليمان مرقس ، التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد ط / ٢ ١٩٥٩ ص / ٢٨١ بند / ١٧٩ ، د . شمس الدين الوكيل ص / ٢٤٧ بند / ١٠٥ د . عبد المنعم البداري ص / ٢١٩ بند / ١٥٩ ، د . حسام الدين كامل الأوتاجي ص / ٦١٧ بند / ٥٠٧ ، د . نعمان محمد خليل جديعة ، الحفوق المبدئية ١٩٨٥ ص / ١١٩ ، وكذلك الفقه المشار إليه في الهامش التالي . ( ٢٨ ) .

## العيني (٢٨) .

ورغم أن المادة / ٢١٧٢ مدنى فرنسى ، ليست - فى هذا الشأن - بنفس صراحة النص المصرى سابق الإشارة ، حيث تتكلم عن رخصة التخليصة فى خصوص " الأغيار الحائزين غير الملزمين شخصيا بالدين " إلا أن الفقه الفرنسى يسلم ، أيضا ، بثبوت هذه الرخصة للكفيل العينى (٢٩) . ويبرر بعضه ، ذلك ، من بين ما يبرر به ، بأن هذا الأخير قد تعاقد ، فى الحقيقة وفى نيته أنه لن يكون معاملا ، فى العلاقة بالدين ، معاملة أقل من معاملة مشترى العقار المرهون من جانب المدين نفسه . (٣٠)

هذا ولما كان الكفيل العينى ، بالتخليصة ، يترك مجرد الحيازة المادية للعقار ، الذى تبقى له ، معها ، ملكيته ، فإنه إذا ما حدث وهلك هذا العقار ، بفعل قوة قاهرة ، بعد التخلي عنه ، وقبل الحكم بفسخ المزار فإنه يهلك على الكفيل العينى ، الذى ستتنقضى كفالاته بهلاك العقار ، هذا

---

(٢٨) انظر فى هذا الشأن : د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣١٩ بند / ١٧٨ ، منصور مصطفى منصور ص / ١٥١ بند / ٦٨ ، دكتور محمد على اممام ص / ١٦٧ بند / ٩٧ دكتور عبدالناصر توفيق العطار ص / ١٤٨ بند / ٧٣ .

(٢٩) راجع مثلا : PLANIOL et RIPERT par BECQUÉ (E) : Traité pratique de droit civil Français. Tome 13. 2<sup>e</sup> éd. 1953 P. 501 et s No 1146

مازو ( هـ . ل . ج ) وشاباس ص / ٤٨٨ بند / ٤٩٩ ؛

وكذلك الفقه المشار اليه فى الهامش التالى (٣٠)

(٣٠) كايو ، ص / ٦٧ بند / ٥٥

صحيح ، لكنه لن يستطيع أن يرجع بثمنه على المدين (٣١) . كذلك ، بقيس البعض ، في الفقه الفرنسي الكفيل العيني ، على الحائز ، ويعطيه ، من ثم ، الحق في أن يعدل عن التخليّة ، ويسترد عقاره المرهون ، "على أن يفى بالدين ، وبما أنفقه الدائن من مصروفات" (٣٢)

### ب - الكفيل العيني ودخول مزاد بيع المال المرهون :

(٢٥) ويتصل بالمسألة السابقة ، أنه ، على العكس من المدين ، يجوز للكفيل العيني أن يدخل مزاد بيع ماله المرهون (٣٣) ، بما يحتمل معه أن يرسو عليه هذا المزاد (٣٤) ، وذلك لانتفاء مبرر حظر ذلك على المدين ، بالنسبة لهذا الكفيل .

(٣٥) بالفكرة في هذا الحظر بالنسبة للمدين ، أنه لو جاز له أن يسترد عقاره ، في المزاد ، بثمن أقل من الدين الذي يلتزم به ، فإن الدائن - الذي لم يستوف بالفرض كامل حقه - سوف يعود إلى اتخاذ إجراءات حجز جديدة على نفس العقار الذي استرده المدين حتى يستوفي ما تبقى له ، وهكذا إلى

(٣١) في هذا المعنى : كايو ص / ٦٧ ، ٦٨ بند / ٥٥ ، وفي مصر ( في خصوص حائز العقار المرهون الذي يباشر التخليّة ) د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٣٢٢

بند / ١٨١ .

(٣٢) كايو ص / ٦٨ بند / ٥٥

(٣٣) وقد نص المشرع المصري على هذا الجواز ، صراحة بالنسبة للحائز ( انظر م / ١٧٤ سدي ) والشرط المعلق عليه هذا الجواز ، في هذا النص ، بخص في الحقيقة مركز الحائز بالذات ، ولا يعرض بشأن الكفيل العيني .

(٣٤) في هذا المعنى : جروا بند / ١٤

(٣٥) ليس في القانون المصري ، من نص يسمح في هذا الحظر ، وإن أمكن استنتاجه من المبادئ العامة ، أما في فرنسا فقد ورد هذا الحظر في المادتين / ٢١١ و ٢١٢ من المبيعات قديم ، وتجدد بموجب المادتين / ١٦٠١ من د . م . أول مارس ١٩٦٧ راجع جروا بند / ١٤ حاشية / ٩ .

مالا نهاية • ومثل هذه الخشية لا تتحقق - بداهة - في الكفالة العينية ، إذ لن يكون من حق الدائن ، إذا رسا المزداد على الكفيل العيني بمبلغ أقل من الدين ، مباشرة حجز جديد على العقار بين يدي الكفيل • فالفرض ان هذا الأخير ليس ملتزما في مواجهته بدفع كامل الدين ، وأن مسؤوليته قبله ، تنحصر في حدود المال المرهون لا أكثر •

ج - الكفيل العيني ، وكل من بند التملك عند عدم الوفاء ، وبند الطريق الممهد :

(٢٦) تقضى المادة/ ١٠٥٢ - ١ مدني مصري ، صراحة ، ببطلاق " كل اتفاق يجعل للدائن الحق ، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله ، في أن يترك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ..... " (٣٦)

ويُعرف الاتفاق الأول ، فقها ، ببند ( أو شرط ) التدن : سد عدم الوفاء (٣٧) فيما يعرف الثاني ببند ( أو شرط ) الطريق الممهد (٣٨) .

والفكرة في حظر هذا البند أو ذاك ، في علاقة الدائن بالمدين الراهن واضحة تماما ، حيث خطورتها الكبيرة على هذا الأخير ، وبالتبعية على دائنية الآخرين (٣٩) : فالبند الثاني ، " يجرده " (٤٠) - على الأقل - مسس الحماية التي يوفرها له قانون المرافعات •• بإجراءات التنفيذ العقاري ، (٤١)

(٣٦) ويقابلها في فرنسا ، نص المادتين ٢٠٧٨ ، ٢٠٨٨ مدني

pacte commissaire (٣٧)

cluse de voie parée (٣٨)

في هذا المعنى : جروا بند ١٧/

(٤٠)، (٤١) د • محمود ، سال الدين دكر ، د / ٢٧٨ ، مد / ١٤٦

فيما ينتهي الأول، في الأعم الأغلب من الحالات ، الى تملك الدائن للمال المرهون ، بضمن لا يتناسب أبداً وقيمته الحقيقية <sup>(٤٢)</sup> . ثمن " لم يرض <sup>(٤٣)</sup> هذا المدين " في الحقيقة ، به ، لعدم توقعه وقت الرهن <sup>(٤٤)</sup> . وهو ( أى هذا المدين ) يكون ، في هذا البند أو ذاك ، مضطراً ، تحت ضغط حاجته الملحة الى المال ، الى الاذعان لرغبة دائته المستغل " أملاً ، على كل حال <sup>(٤٥)</sup> في قدرته على الوفاء ، بالدين عند حلول أجله ، ثم يجد نفسه ، في أكثر الأحوال ، عاجزاً عن الوفاء في الأجل المحدد " <sup>(٤٦)</sup> .

ولما كانت هذه المخاوف تقل ، في الحقيقة ، وإلى حد كبير <sup>(٤٧)</sup> ، حين يكون الراهن شخصاً غير المدين ، حيث لضرورة ملحة لماله ، تسمح للدائن على نفس النحو ، أن يفرض عليه بنداً مثل هذا أو ذاك لا يقبله حقيقة وتضطره الى الاذعان له ، فإن البعض ، في الفقه الفرنسي ، يرى إمكان استثناء الكفالة

(٤٢) حيث عادة ما تكون قيمة العقار المرهون أزيد بكثير جداً من قيمة الدين المضمون . راجع د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٦ بند / ١٤٥ .

(٤٣)، (٤٤) د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٧ بند / ١٤٥

(٤٥) وتعليقاً على نفس الحظر في القانون الفرنسي ، يقول : بيرلييه ، ان المشرع قصد بذلك " منع الاستغلال الجشع لبوء المدين " هذا الأخير يكون " معانياً من هذا الشرط أكثر منه قابلاً له ، مادام أن يصبح شرطاً للقرض "

أشار إليهما كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ .  
(٤٦) " لظروف سيئة ، أو لتضخم الدين بالفوائد المتفق عليها ، د . محمود

جمال الدين ذكي ص / ٢٧٦ بند / ١٤٥ .  
(٤٧) إن لم نقل - مع البعض - تنعدم ، انظر كايو بند / ٤٨ ص / ٥٩ .

(٤٨) العينية من حظر مثل هذين البندين . كما يدعم بعض أنصار هذا الاتجاه وجهة النظر هذه ، بأن النصوص التي أقامت هذا الحظر هي نصوص استثنائية بالنظر إلى خروجها على مبدأ حرية الاتفاقات . ومثل هذا النوع من النصوص يجب عدم التوسع في تفسيره ، ومدّه إلى فروض لم تكن متوقعة عند وضعه (٤٩) .

#### د - الكفيل العيني ، وحوالة الحق المضمون بالرهن

(٢٧) استخدمت كل من المادتين / ٣٠٥ مدني مصري ، ١٦٩٠ مدني فرنسي لفظة "المدين" في صدد بيان موجبات نفاذ حوالة الحق ، حين اشترطت كسل منهما لهذا النفاذ ، إعلان "المدين" بهذه الحوالة .

فإذا كان الحق المحال مضمونا برهن ، قدمه أحد الأغيار ، بات التساؤل واردا ، عما إذا كان يلزم إعلان الحوالة إليه . أو بعبارة أخرى ، عما إذا كان يتعين ، في هذا الشأن ، تسوية الكفيل العيني بالمدين .

يعتقد ذلك بعض الشراح الفرنسيين (٥٠) ، فيما لاتعتقد غالبيتهم (٥١) ، لأن حوالة الحق ، إذا كان يجب أن تكون مُعلنة للمدين ، فذلك حتى لا يفسى بين يدي شخص لم يعد دائنا ، حين أن مثل هذا الخطر لا يترصد الكفيل

---

(٤٨) في هذا الاتجاه ، جروا بند / ١٧ ، والفقه المشار اليه فيه هامش / ١٤ ، كايو ص ، ٥٩ بند / ٤٨

(٤٩) راجع ، كايو ص / ٥٩ بند / ٤٨ ، وعكس ذلك د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٧٥ ، ٢٧٦ بند / ١٤٤ ( وهو يرى بطلان بندين الشرطين لمخالفتهم للنظام العام ) وانظر ايضا في نفس هذا المعنى : مجموعة الاعمال النحصرية للقانون المدني المصري د / ٧ ص / ٦٢

(٥٠) جيوار ، اشار اليه جروا بند / ١٦ هامش / ١٣ .

(٥١) جروا بند / ١٦ ، والفقه المشار اليه فيه هامش / ١٣ .

العيني ، الذي لا يمكن أن يكون متابعاً إلا من قبل صاحب الحق (٥٢) .

هـ - الكفالة العينية ، وحق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون ، فسي القانون الفرنسي :

(٢٨) علي خلاف أحكام القانون المصري (٥٣) - نقض المادة / ٢٠٨٢ - ٢ مدني فرنسي

بأنه " إذا نشأ لنفس الدائن ( المرتهن ) ، تجاه نفس المدين ( الراهن ) دين آخر ، بعد الرهن ، وأصبح ( أي هذا الدين ) مستحق الأداء قبل الدين الأول ، فإن الدائن لا يكون ملزماً بأن يتخلى عن المال المرهون ، قبل أن يستوفي كلا الدينين بالكامل ، حتى ولو لم يوجد أي اشتراط لتخصيص الرهن لضمان الوفاء بالدين الثاني " . فهل يسرى نفس الحكم على الكفيل العيني؟  
وبعبارة أكثر وضوحاً ، لو أن الكفالة العينية تمت عن طريق رهن حيازي ، ثم نشأ للدائن المرتهن ، في مواجهة مدينه ، وبعد تقديم هذه الكفالة ، حق أصبح مستحق الأداء قبل الدين المكفول ، فهل يستطيع الدائن أن يحبس مال الكفيل العيني حتى يستوفي الدينين بالكامل ؟ .

بالقطع لا ، يجيب - بحق - بعض الشراح الفرنسيين (٥٤) . فأساس

الحكم السابق وجود " اتفاق ضمني " (٥٥) بين الدائن المرتهن ومدينه الراهن

على أن يكون المال المرهون مخصصاً أيضاً لضمان الديون التي يمكن أن

نسنجد في العلاقة بينهما (٥٦) . ويدعي أن مثل هذا التحليل - أو على حد

(٥٢) جروا بند / ١٦

(٥٣) راجع في هذا الشأن : د . محمود جمال الدين ذكي - د / ٤١٦ بند / ٢٦٦

(٥٤) - (٥٦) كايو ص / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩

تعبير هذا البعض " القرينة القانونية " - لا ينطبق على الفرض الذي يكون  
الضمان فيه مُقدّما من جانب شخص غير المدين (٥٨) . فالكفيل العيني  
ما قصد أن يُثقل ماله " إلا من أجل الوفاء بالدين الذي يعرفه . . ومن المستحيل  
تبعاً لذلك - افتراض رضائه الضمني بتخصيصه لضمان جديد (٥٩) . هذا فضلاً  
عن أن النص الذي أقام هذا الحكم هو نص استثنائي " ومن المبادئ الأولية  
المسلم بها ، أن الاستثناءات لا يصح التوسع فيها ومدها من حالة إلى  
أخرى (٦٠) .

---

(٥٧) - (٦٠) كايوم / ٥٠ ، ٥١ بند / ٣٩



### المطلب الثالث

## الكفيل العيني والأحكام المتعلقة بحائز العقار المرهون

تمهيد : بين مركز الكفيل العيني ومركز حائز العقار المرهون :

(٢٩) بينا حتى الآن ، مدى ماينطبق على الكفالة العينية من الأحكام المتعلقة

بالرهن . بيد أن بعضا من أحكام هذا الأخير يتعدى العلاقة بين طرفي

الرهن ، إلى من يكتسب ملكية المال المرهون دون أن يكون ملتزما شخصيا

بالدين ، وهو مايعرف في الاصطلاح بحائز العقار المرهون .

ويعرف أن الكفالة العينية قد تتم من طريق الرهن الرسمي ، الذي تبقى

فيه - بالفرض - حيازة المال المرهون ، للكفيل العيني مالكة . ونعرف

أيضا أن هذا الأخير لا يكون ، هو الآخر ، ملتزما شخصيا بالدين . ويعنى هذا

وذلك أن الكفيل العيني ، كالحائز ، من حيث أن " في خيارته هو الآخر عقار

مثقل برهن ، مرتبط ( أي هذا الرهن ) بدين ليس دينه " (٦١) .

فهل يستوى ، تماما - لذلك ، مركز الكفيل العيني ، مع مركز الحائز ؟

وهل يخضع الأول لجميع الأحكام المتعلقة بالثاني ؟

(٣٠) إن وضع الكفيل العيني يقترب ، ولاشك ، إلى حد كبير ، من وضع

---

(٦١) كايو ، ص / ١٢ بند / ١٢

الحائز .<sup>(٦٢)</sup> كما أن الأسس التي تقوم عليها فكرة الالتزام العيني (أوالمسئولية العينية) على النحو السابق بيانه<sup>(٦٣)</sup> ، ننسحب في الحقيقة ، على كل منهما . ولذلك فإن أنصار الفكرة يرون في الأول نوعاً من الثاني<sup>(٦٤)</sup> . بل يحمل بعضهم إلى حد إنكار أي فرق بينهما<sup>(٦٥)</sup> .

لكننا ، مع ذلك ، نختلف مع بعض أنصار هذه الفكرة من الشراح المصريين ، حين يتندون — في تشبيه الكفيل العيني بالحائز — إلى أساس من أن كلا منهما " يُسأل " <sup>(٦٦)</sup> عن الدين " مسئولية عينية " ، بسبب تخصيص مال يملكه لضمان الوفاء به " <sup>(٦٧)</sup> . فضلاً عما أخذ على مثل هذا التحديد لمفهوم سبب مسئولية الكفيل العيني ، كما بينا ، في موضع سابق ، <sup>(٦٨)</sup> فإن أساس هذا التشبيه تعوزه الدقة أيضاً ، من حيث أن الحائز ، على العكس من الكفيل العيني ، لا يكون هو الذي خصص المال للضمان ، وإنما انتقلت إليه ، في الحقيقة ، ملكية هذا المال ، محملة بهذا الوصف .

٣١) وببقي ، على أية حال ، أنهما كان اقتراب مركز الكفيل العيني من مركز الحائز ، إلا أن ذلك لا يخل بأن هناك فارقاً هاماً بينهما ، من حيث أن الحائز شخص " أجنبي تماماً عن كل من الدين والرهن " <sup>(٦٩)</sup> ، فلا هو

(٦٢) في هذا المعنى كايو ص / ٦٤ بند / ٥٣ ، مازو (هـ . ل . ج) وشاباس ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ .

(٦٣) راجع سابقاً بند / ٥ وما بعده .

(٦٤) أشار لذلك كايو ص / ٦٤ ، ٦٥ بند / ٥٣

(٦٥) صاحب هذا الرأي هو / تيزار ، أشار إليه ، وانتقدم ، كايو ص / ٦٥ بند / ٥٣

(٦٦) ، (٦٧) د . محمد علي امام ص / ١٦٨ بند / ٩٨

(٦٨) راجع سابقاً بند / ٩ .

(٦٩) كايو ص / ١٧ بند / ١٢

"تعاقد مع الدائن" (٧٠) ، ولا هو الذى قدم التأمين" (٧١) ، فيما أن الكفيل العيني شخص قبل الضمان (٧٢) ، لأنه ببساطه ، هو الذى ، وباختياره ، قد أنشأه .

ولعل هذا الفارق هو الذى يفسر ، كيف لا تنطبق على الكفيل العيني بعض الأحكام المتعلقة بالحائز ، كالأحكام التى تشير إليها فيما يلى :

( ١ ) بين الكفيل العيني والحائز . من حيث رخصة تطهير العقار المرهون : (٣٢) فإذا كان للكفيل العيني ، كالحائز ، رخصة تخلية العقار المرهون ، على النحو الذى سبق أن بيناه وأوضحنا مبرره (٧٣) ، فإنه - على العكس منه ، ليس له أن يطهر هذا العقار من الرهن . وهذا أمر مسلم به فى الوقت الحاضر (٧٤) ، خلافا لاتجاه فى الفقه الفرنسى القديم ، كان يرى أنصاره

---

(٧٠) (٧١) جروا بند / ١٨ وهو يضيف أنه ، إذا كان القانون يعترف له بحقوق خاصة فذلك بوضوح لأنه لم يكن طرفا فى العقد المنشئ للرهن .

(٧٢) كايو ص / ١٧ بند / ١٢

(٧٣) راجع سابقا بند / ٢٤ ، وانظر فى هذا المعنى : مازو (هـ . ل . ج) وشاباسى المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ .

(٧٤) انظر مثلا : كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق بند / ١٣٣٤ ص / ١٠٢٩ ، جروا بند / ١٨ ، كايو ص / ٦٨ وما بعدها بند / ٥٦ ، لـيران المرجع السابق جـ / ٣١ ص / ٤٠٦ بند / ٤٢٤ : مازو (هـ . ل . ج) وشاباسى ص / ٤٩٤ بند / ٥١٢

وفى مصر : د . السنهوري ص / ٥٤٤ بند / ٢٨٢ ، د . سليمان مرقس ص / ٢٨١ بند / ١٧٩ ، د . شمس الدين الوكيل ، ص / ٢٣٨ بند / ١٠٤ ، د . عبد المنعم البدر اوى ص / ١٩٨ بند / ١٤٣ ، د . منصور مصطفى منصور ص / ١٥١ بند / ٦٨ د . محمود جمال الدين ذكى بند / ١٦٧ ، د . محمد على إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨ .

(٧٥)(٧٦)

التسوية بين هاتين الرخصتين ، ومن ثم جواز التطهير لمن يمكنه التخليّة .

وهو اتجاه منتقد في الحقيقة ؛ لأن الحائز ، إذا كان له أن يطهر العقار الذي

آلت إليه ملكيته ، فلأنه - كما قلنا - أجبى تماما ، ليس فقط عن الديسن ،

(٧٧)

وإنما عن الرهن نفسه . ومن ثم فإن استعماله لما يخوله له " القانون "

من حق في تطهير العقار - على ماله من أهمية بالنسبة له - لاخرق فيه لمبدأ

(٧٨)

القوة الملزمة للعقود ، لسبب بسيط ، أنه لم يكن ، أصلا ، قد تعاقد مع

(٧٩)

الدائن حتى يكون عليه من شيء يجب أن يحترمه في مواجهته .

أما الكفيل العيني ، فليس أجنبيا عن الرهن ، بالعكس ، إنه هو الذي

(٧٥) رأى منسوب لـ تروبولونج ، مارتو ، أشار اليهما كايو ص / ٦٨ بند / ٥٦ .

كما نسبة د / محمود جمال الدين ذكي ( ص / ٣٠٥ هامش / ٢١ ) للفقهاء الفرنسي

لوران في مؤلفه سابق الإشارة ج / ٣١ بند / ٤٢٤ . والحقيقة أن هذا

الفقيه يؤكد في هذا الموضوع من مؤلفه وجهة النظر العكسية ، فهو يقول

في ص / ٤٠٦ مانصه :

" Toutefois nous croyons aussi que le tiers détenteur ( ~~الغيب~~ ~~الغيب~~ ) ne peut pas purger, mais pour un autre motif .

(٧٦) وقد كانت وجهة نظر دالوز ، في تأييده لهذا الاتجاه ( والأمر عنده يتعلق

بمسألة تفسير لإرادة الكفيل ) أنه لايمح - وقد كان بوسع هذا الأخير أن

يشترط حق التطهير لنفسه في عقده مع الدائن ، أن يستخلص من مجرد عدم

احتفاظه لنفسه بهذه الرخصة صراحة ، أنه قد تخلى عنها ، وإنما الأولى

في حالة الشك ، وجوب القول بتركها له ، مثله مثل أي حائز غير ملتزم

بالدين . أشار لذلك كايو ص / ٧١ بند / ٥٦

(٧٧) - (٧٩) لابييه ، أشار إليه كايو ص / ٦٩ بند / ٥٦

هذا فضلا عن أنه ليس يكفي للتطهير ، كما يوكد البعض ، أن يتعلّق

(۸۱) د محمود جمال الدین ذکی ص/۳۰۵ ہند/۱۶۷، عن کل من بلانیول وریہیر

(٨٢) في هذا المعنى : د . سليمان مرقص ص / ٢٨١ بند / ١٧٩ ، د . حمام

وفى الفقه الفرنسى : جروا بند / ١٨ ، كايو ص / ٦٨ ، ٦٩ بند / ٥٦ ،  
MARTY et RAYNAUD: Droit civil T.3 éd. 1971  
p.210 No 342 , MAZEAUD(H,L,et j) par CHABAS(F):  
Leçons de droit civil. To3.5 éd. 1977 p.271 No:  
262

- ۲۹ -

الأمر بغير ، حائز<sup>(٨٤)</sup> وإنما يلزم أيضا أن تكون لمن يباشر هذا الاجراء دفعة  
 " المكتسب"<sup>(٨٥)</sup> ، أي المالك الجديد للعقار ، وكل النصوص المتعلقة  
 بالتطهير تفترض ذلك " بيد أن الكفيل ليس مكتسبا بالمعنى القانوني ،  
 لأنه في اللحظة التي تملك فيها العقار ، كان هذا الأخير خاليا . ففقط  
 أثقل بالرهن فيما بعد"<sup>(٨٦)</sup> .

(ب) بين الكفيل العيني والحائز ، من حيث إمكان التمسك بتقادم  
 الرهن استقلا عن الدين المضمون ( في القانون الفرنسي )

٣٣ وعلى نفس النسق ، لا يمكن أن يستفيد الكفيل العيني ، من الاستثناء المقرر  
 صراحة لمصلحة الحائز ، في القانون الفرنسي ، بالمادة / ١٨٠ ، ( رابعا  
 فقره ٢ )<sup>(٨٧)</sup> ، والذي كان المشرع المصري قد اتجه إليه في المادة / ١٥١٠  
 من المشروع التمهيدي<sup>(٨٨)</sup> ، بأن يتمسك بتقادم الرهن ، ومن ثم بانقضاءه  
 بالاستقلال عن تقادم الدين المضمون ، إذا وضع يد على العقار المرهون

(٨٤) Tiers détenteur

(٨٥) l'acquéreur

(٨٦) لوران ، المرجع السابق ج / ٣١ ص / ٤٠٦ ، ٤٠٧ بند / ٤٢٤ ، وفي نفس  
 المعنى : جايو ص / ٧٠ ، ٧١ بند / ٥٦ ، مازو ( ه . ل . ج ) وشاباسي  
 ص / ٤٩٤ بند / ٥١٢ .

(٨٧) التي تستدرك على مبدأ تبعية الرهن للدين المضمون ، قائلة أنه ، بالنسبة  
 للأموال المرهونة ، التي تكون تحت يد حائز ، يتقدم الرهن لجمال  
 هذا الأخير ، بمضي المدة اللازمة لاكتساب حق الملكية ،  
 (٨٨) التي كانت تقضي بأنه " لا ينفذ الرهن الرسمي بالتقادم ، مستقلا عن الدين  
 المضمون . ومع ذلك ، إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، فإن دعوى  
 الرهن بالنسبة إليه تسقط بالتقادم ، إذا لم يرفعها الدائن المرهون في  
 خلال خمس عشرة سنة ، تبدأ من وقت يمكنه من رفعها . وبقطع التقادم بإصدار  
 الحائز بالدفع أو النخلية " .

المدة المقررة قانونا لاكتساب ملكيته (٨٩) .

ولسنا هنا بصدد التعرض التفصيلي لهذا الاستثناء ، وما يلاقيه من انتقادات الفقه الفرنسي المعاصر ، وما يثيره - على الأخص - من جدل حول طبيعة التقادم الذي ينظمه ، فذلك يخرج بنا في الحقيقة عن الإطار المحدد لهذه الدراسة (٩٠) ، إنما نقصد فقط بيان مبررات قمره على الحائز ، وعدم إمكان امتداده إلى الكفيل العيني .

(٨٩) والفاء نص المادة / ١٥١٠ من المشروع التصهيدى المصرى / هو تأكيد فى نظر شبه الاجماع الفقهي عندنا ، على عدم جواز انفصال الرهن فى تقادمه عن الدين المضمون . راجع مثلا : د . منصور مصطفى منصور ص / ١٦٢ ، وما بعدها بند / ٨١ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣٣٤ بند / ١٩٣ : د . عبدالفتاح عبدالباقي الوسيط فى التأمينات العينية ١٩٥٤ ص / ١٨٤ بند / ٢١٠ ، د . عبدالمنعم البدر اوى ص / ٢٥٠ وما بعدها بنسب / ١٨٢ د . محمد على امام ص / ٤١٢ وما بعدها بند / ٢٩٠ ، وضنا د . نعمان محمد خليل جمعة ، الحقوق العينية ١٩٨٥ ص / ١٢٢ . وقارن ، مع ذلك ، د . السنهورى ص / ٦٥٩ بند / ٣٩٨ ، الذى يرى أنه إذا كان حذف هذه المادة يضعف الراى الذى يقول بأن الرهن الرسمى فى يد الحائز يزول بالتقادم " إلا أن الباب لازال مفتوحا للمراجعة "

(٩٠) راجع فى هذا الشأن . JOSSERAND (L) : Cours de droit civil positif français. T.2 2 éd. 1933 No 1957 et s P. 1052 et s ,

كولان ، وكابيتان ودى لامورانديير ، المرجع السابق ص / ١١٢١ وما بعدها بند / ١٤٠٦ وما بعده كابيو بند / ٩٦ ص / ١٢٤ - ١٣٠ ، بلانويول وريبير وبكييه ، المرجع السابق ، البنود / ١٣٢٦ هـ ١٣٤٠ الصفحات ٧٢١ - ٧٣٧ ، أوبرمو ورو المرجع السابق ج / ٣ ٢٩٣ الصفحات ٦٦٣ - ٦٦٩ ، مازو ( هـ ) ل ج ا و شابامى ص / ٥٣٦ وما بعدها بند / ٥٧١ وما بعده خاصة ص / ٥٣٩ بند / ٥٥٧ ، راجع ، فى عرض له ، فى كتب الفقه : د . السنهورى الصفحات من ١٥٥ - ٦٥٩ ، البنود ٣٩٤ - ٣٩٨ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص / ٣٣٢ وما بعدها بند / ١٩٣ ، د . حسام الاهوانى البنود ٥٨٦ - ٥٩٠ الصفحات ٧١٠ - ٧١٨ .

وبعض الضوء على جذور هذا النص التاريخية، يمكن ان يكشف عن جانب من هذه المبررات :

فلقد نشأ هذا الاستثناء ، فى الحقيقة فى وقت كان يمكن أن يجد فيه كل مبرره . إذ على العكس مما هو مقرر فى الوقت الحاضر ، لم يكن القانسون الفرنسى القديم — الذى ورث هذا الاستثناء عن القانون الرومانى — يعترف بنظام علنية الرهن <sup>(٩١)</sup> . ومن ثم كان القول بإمكان تقادم هذا الأخير ، استقلالاً عن الدين المضمون ، أمراً ضروريا بالنسبة للحائز ، حيث كان هو الوسيلة الوحيدة ، تقريبا ، أمامه ، للتخلص من رهن مستتر لم يكن يعلم به ، ولا كان لدين من سبيل لمعرفته .

(٣٤) وواضح أن هذا المبرر لا ينسحب على الكفيل العينى ، الذى لا يمكن — حتى إذا صرفنا النظر عن أن المبدأ الآن هو علنية الرهن من طريق لزوم شهره ، أن يخفى عليه رهنه ، لسبب بسيط ، أنه هو الذى ينشئه . هذا من جهة (٣٥) ومن جهة أخرى ، فإن الكفيل العينى ، بموجب عقده مع الدائن ، يكون ملتزما فى الحقيقة " بالابقاء على التأمين ، طيلة مابقى الدين ، حتى يزود الدائن بنفس الائتمان الذى كان سيحده لو أن المال المرهون كان هو مال المدين " . <sup>(٩٢)</sup>

---

(٩١) راجع فى هذا المعنى : كولان وكابيتان ودى لاهوارنديير ، المرجع السابق ص / ٩٦٥ ومابعدها بند / ١١٨٥ ، وراجع بوجه عام فى تاريخ هــذا الاستثناء ، مازو وشاباسى ص ، ٥٣٦ بند / ٥٧٢

(٩٢) جروا بند / ١٨ وحكم استئناف باريس ( غير المنشور ) الصادر فى ٣٠ / ٥ / ١٩٨٠ أشار اليه نفس المؤلف هامش / ١٥ ، وفى نفس المعنى من الفقه المصرى ، د . حسام الاهواسى ص ٧١١ بند / ٥٨٦ .



(٣٦) هذا فضلا عن أن تحليل نص المادة / ٢١٨٠ مدني فرنسي سابق الإشارة في معنى أنه ، من حيث ما يتضمن من شروط - ينظم نوعا من التقادم المكسب ، سوف يودي حتما إلى وجوب الاختلاف في الحكم بين الحائز والكفيل العيني ، قال الحائز يتعين ، حتى يصل إلى تحرير عقاره من الرهن ، أن يكون قد حازه مدة معينة على أنه خالٍ من أي تكليف . فبهذا الشرط يمكن أن ينتهي إلى كسب حق عدم التنفيذ على هذا العقد . بيد أن الكفيل العيني ، في علاقته بالدائن المرتهن لا يحوز العقار بحسابه خاليا من الرهن ، إنما يحوزه بحسابه مثقلا به ، بما أنه هو نفسه الذي قبل أن يثقله . وإذن فإن حيازته ( في معنى شروط هذا النص ) تكون حيازة مشوبة بعيب . ولن يمكن مطلقا أن تمكنه من التمسك بالتقادم ، لأنه لا أحد يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة " (٩٤) .

(٣٧) ولعل كل هذه المعاني السابقة يمكن تلخيصها وازع المذكرة الإيضاحية في تعليقه على المادة / ١٥١٠ من المشروع التمهيدى فى مصر ، حين ذكر بأنه : إذا كان " يمكن تصور انفصال الرهن عن الدين من حيث التقادم " (٩٥) إذا انتقل العقار المرهون إلى حائز ، وكان ذلك لا يتصور بالنسبة للكفيل العيني ، فذلك ببساطة " لأن الحائز لم يكفل الدين " (٩٦) .

(٩٣) فى هذا المعنى تقريبا : بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص/ ٧٣٥ بند ١٣٣٩ (٩٤) كايو ، المرجع السابق ص / ١٢٨ بند / ٩٦ وفي نفس المعنى تقريبا : مازو (هـ.ل.ج) وشاباسي ، المرجع السابق ص/ ٥٣٦ بند / ٥٧٣ ، بلانيول وريبير وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٧٢٣ بند / ١٣٢٨ . وفى مصر : د . حسام الاهوانى ص / ٧١٢ ، ٧١٣ بند / ٥٨٧ .

(٩٥)(٩٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ج / ٧ ص / ١٤٨ .

## خاتمة المطلب

### الزاحم بن الكفيل العتي والحائز

#### وضع المشكلة :

(٣٨) تعرض هذه المشكلة ، حين يكون الدين مضمونا بتأمينين : أحدهما رهـن على عقار للمدين تصرف فيه إلى حائز ، والآخر كفالة ( شخصية أو عينية ) قدمها أحد الاغيار . وعند حلول الدين يكون المدين ، بالفرض ، قد أصبح معسرا . إذ في هذه الحالة يكون في مواجهة الدائن ( ومن ثم يمكن له أن يرجع عليه ) كل من الكفيل والحائز .

وببين مما تقدم ، أنه يستوى في وضع هذه المشكلة ، كما قلنا ، أن تكون الكفالة شخصية أو عينية ، وفي الحقيقة فإن الأفكار التي تعرض في شأنها . تنسحب على كل من نوعي الكفالة هاتين .

تعدد الاتجاهات بشأنها في الفقه الفرنسي ،

(٣٩) وليس في نصوص المجموعة المدنية الفرنسية ما يواجه هذه المشكلة بشكل مباشر ، ويضع حلا حاسما لها . ولذلك فقد كانت - قبل أن يستقر الرأي مؤخرًا بشأنها - مثار جدل كبير في الفقه الفرنسي .

وكان وجه البعوبة فيها ، أن كلا من الكفيل والحائز له - بمقتضى القواعد العامة - إذا أوفى عن المدين ، أن يحل في حق الدائن (٩٧) ، بما لهذا الحق من ضمانات . وهو ما يعنى أن الموفى ، منهما ، يستطيع أن يرجع على الآخر بدعوى الحلول ، ليكون لهذا الأخير بدوره أن يرجع عليه بمقتضى ماله من

(٩٧) راجع من تطبيقات القضاء المصري لحق الحائز ، الموفى في الحلول محل الدائن نقض ١٩٧١/٣/٢٥ المجموعة السنة / ٢٢ ص / ٣٨٤ رقم ٦١

نفس الحق ( أى الحلول ) وهكذا إلى مالا نهاية .

لذلك كان لابد من البحث عن أسس ، يمكن بالاستئناس إليها ، تجنبُ سبب  
الوقوف في هذه الحلقة المعرَّغة ، بجعل أحدهما هو المستزل نهائيا عن الدين ،  
أو بعبارة أخرى ، أسس سند نقضيل أحدهما على الآخر .

٤٠ . وبدهى أن أبسط الحلول في هذا الشأن ، أن يُقال بأن من يبق منهُما ويحصل  
سحل الدائن ، يرجع على الآخر بشكل نهائى . وهو حل ظاهر الفسفساد ،  
ينكشف عيبه من مجرد طرحه . فهو يقتقر إلى العدل والمنطق ، مادام أن من  
شأنه أن يتحلل الدين ، فى النهاية ، وبطريقة تحكيمية تماما ، من لم يختره  
الدائن أولا لمطالبته بالدين (٩٨) .

الاتجاه الأول : تفضيل الحائز ،

٤١ . استند أنصار هذا الاتجاه إلى كل من المادتين ٢١٧٠ ، ٢٠٢٣ مدنى . فالأولى  
تخول الحائز حق مطالبة الدائن بأن يجرد ، أولا ، وقبل أن يرجع عليه هو ،  
الكفيل الذى يحوز عقارا مرهونا فى نفس الدين . والثانية ، تعطى للكفيل  
حق الدفع بالتجريد ، هذا صحيح ، لكنها تُخرج من نطاق أموال المدينين ،  
التي يتعين أن يرشد الدائن عنها ، الأموال التي كانت مرهونة فى الدين  
ولم تُعد فى حيازة المدين . أى الأموال التي انتقلت ملكيتها الى حائز (٩٩)  
وقد أخذ على هذا الاتجاه :

١- أنه ينطلق من تفسير خاطئ للمادة / ٢١٧٠ ، تلك التي تقصر حق  
الحائز ، فى الدفع بالتجريد ، على الأموال المرهونة فى نفس الدين التي

---

(٩٨) أشار لهذا الحل ، دون أن يبين ما إذا كان يمثل اتجاها فى الفقه الفرنسى ،  
وانتقده : كايو ص / ٩٧ بند ٨٠ .  
(٩٩) رأى مسوب ل تريولونج ، أشار اليه كايو ص / ٩٩ بند ٨١

تكون " في حيازة المدين الأعلى أو المدينين الأصليين " وليس الكفيل  
أحد هو لا<sup>(١٠٠)</sup> .

٢ - أن المشرع ، في المادة / ٢٠٢٣ ، لم يكن يواجه ، في الحقيقة ، وضع  
كل من الكفلاء والحائزين على استقلال ، أو يقدم مغالبة بينهم . وإنما  
كان كل حرص واضع هذا النص - كما تعبر عن ذلك الأعمال التحضيرية  
له - هو إحاطة الدفع بالتجريد بما يمكن من القيود التي تضمن حماية  
الدائن ، وتقلل من مضايقة هذا الإجراء بالنسبة له<sup>(١٠١)</sup> . وهو أمر مبرر ،  
لأن التجريد - كأى دفع - يجب أن يكون محصورا في حدود معقولة .  
والقانون الذي يُنشئه ، يمكن أن يضع عايه من القيود ما هو مناسب<sup>(١٠٢)</sup> .

٣ - أن في الحكم المقرر بالمادة / ٢٠٣٧ لمصلحة الكفيل وحسده<sup>(١٠٣)</sup> دون  
الحائز<sup>(١٠٣)</sup> ما يدحض هذا التفضيل .

فهذه المادة تقضى ، وبلا تفرقة ، ببراءة ذمة الكفيل ، بقدر ما يضيعه  
الدائن ، بخطئه ، من التأمينات التي كانت تضمن حقه . بيد أن من  
شأن القزل بعدم جواز حلول الكفيل محل الدائن ضد الحائز ، التفرقة  
في حكم هذه المادة ، بين الرهون المثقلة لعقارات لا تزال تحت يد  
المدين ، وتلك التي كانت تثقل عقارات انتقلت ملكيتها إلى آخرين .  
ليكون بوسع الدائن ، عندئذ ، ودون ما جزاء ، أن يعرض للخطر

---

(١٠٠) في هذا المعنى : كايو ص / ١٠٠ ، ١٠١ بند / ٨١ ، مارتى وريينو المرجع  
السابق ص / ١٩٧ هامش / ١ والاحكام المشار إليها فيه .

وقارن ، بون وماركاديه أشار إليه كايو بند ٨١ حيث يريان أن الكفيل  
يكون مدينا تابعا ، في علاقته بالمدين المباشر ، لكنه يكون مدينا أصليا  
في علاقته بالحائز .

(١٠١) راجع كايو ص / ١٠١ بند / ٨١

(١٠٢) في هذا المعنى : فينيه ، أشار إليه كايو ص / ١٠٢ بند / ٨١

(١٠٣) راجع في هذا المعنى :

MOULY (chr) : les causes d'extinction du  
cautionnement . Paris 1979 No 390 ets ,

كايو ص / ١١٧ بند ٨٨ ، مارتى وريينو المرجع - سبق ص / ٢٠٦ هامش / ٣

الطائفة الثانية من الرهون . فيما يترتب على إضاعته للطائفة

الأولى ، إعفاء الكفيل ، وهي تفرقة لاتجد لها من أساس في هذا  
النص (١٠٦)

### الاتجاه الثاني : التسوية بين الحائز والكفيل ،

(٤٢) أنصار هذا الاتجاه حاولوا أن يأخذوا ، في المشكلة محل البحث ، حلا وسطا .

فأروا - مسعدين إليهما لكلٍّ من الحائز والكفيل من حق متساو في الحلول  
- أن يُقسم الدين بينهما . فيما يعنى أن من يفي منهما لا يكون له أن يرجع  
على الآخر بدعوى الحلول رجوعا كاملا ، وإنما فقط بنسبته فيه في الدين .  
(١٠٥)

وفي خصوص الكفالة العينية يكرن هذا التقسيم بنسبة قيمة عقار كل منهما  
إلى العقار الآخر (١٠٦)(١٠٧)

### الاتجاه الثالث : تفضيل الكفيل ،

(٤٣) غير أن هذه التسوية التي قال بها أنصار الاتجاه السابق ، قد تعرضت للنقد

الشديد من جانب الغالبية العظمى من الشراح ، الذين رأوا - على العكس  
وجوب تفضيل الكفيل على الحائز (١٠٨) مستندين في ذلك إلى عدة أسس :

(١٠٤) في هذا المعنى : كايير بند / ٨٣ ص / ١٠٤ ، ١٠٥  
(١٠٥)(١٠٦) أشار إلى هذا الاتجاه كايوس / ١٠٣ بند / ٨٢ ، وينسبه د . سليمان مرقس  
( ص / ٢٣٨ هامش / ٤ ) إلى دى هلتس .  
(١٠٧) مادامت قيمة هذا وذاك ، لاتتجاوز الدين ، والا اعتبرت ، في التقسيم ، مساوية  
له .  
(١٠٨) انظر مثلا : كولان وكابيتان ودي لامورانديير ، المرجع السابق ص / ٨٢٤ بند /  
٩٨٣ جوسراي ، المرجع السابق ص / ١٠٤٨ وما بعدها بند / ١٩٤٩ ، مارتوريينو  
المرجع السابق ص / ٢٠٥ وما بعدها بند / ٣٣٤ ، مازو وشاباهي المرجع السابق  
ص / ٤٨ وما بعدها بند / ٣٩ ، ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ ، أوبري و رو المرجع  
السابق ح / ٤ في ٣٢١ ص / ٢٨٩ ، ٢٩٠ والهوامش ٨٤ ، ٨٥ ، بلاتيل وريبير  
وبيكيه ، المرجع السابق ص / ٥٢٨ وما بعدها بند / ١١٨٣ .

DEMOLOMBE(C): Traité des contrats Tn. 4 éd.  
1872 P. 581 et s. No : 649 ets ; VOIRIN(P)  
note sous Req 16/3/1938 D 1939-1-41

١ - عدم دقة التسوية بين مركز الحائز ومركز الكفيل العيني ، فالأول خلف

خاص للمدين <sup>(١٠٩)</sup> ، بينما لا يعدُّه الثاني أن يكون سوى مجرد مسئول

تبعي . لا يصح أن يتحمل عبء الدين إلا إذا كانت الأموال التي رُهنست

فيه ، من جانب المدين ، غير كافية <sup>(١١٠)</sup> . ومن ثم يكون " الأولى بتحمل

تبعة إعسار المدين هو الحائز ، خلفه ، وليس الكفيل " <sup>(١١١)</sup> .

٢ - تفضيل الكفيل على الحائز ، هو الحل الذي يطابق نية المتعاقدتين

( الدائن والكفيل ) الحقيقة : فالكفيل عندما قدم كفالته ، لم يعتد

فقط على الرهون التي كانت موجودة <sup>(١١٢)</sup> ، على أموال اللدين ، كضمان

للدين ، قبل الكفالة ، وإنما هو يعتمد أيضا على كل ما يُحتمل

أن ينشأ منها في المستقبل <sup>(١١٣)</sup> . لقد كان قده ، وبوضوح ، أن يتحمل

أقل ما يمكن من الأخطار ، وبالتالي أن يفيد من كل المزايا التي يمكن

---

(١٠٩) في هذا المعنى MESIRE (J): La pluralité d'obligés accessoires. Rev. Trim. 1981 P.19 No 35

كايو ص / ١٠٣ ، ١٠٤ بند / ٨٣ ، ص / ١١٧ بند / ٨٨

(١١٠) في هذا المعنى : كايو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، أو هو - على حد وصف البعض

مدين تابع ، مخصص فقط لستر عجز المدين الأملي . بيد أن هذا الأخير

بالفرض ، يكون في النهاية غير عاجز ، بناء على أثر الرهن والحق في النسيج

" الذي يضمنه راجع ميستر ، المقال سابق الإشارة ص / ١٩ بند / ٣٥

(١١١) كايو ص / ١٠٤ بند / ٨٣ ، وأنظر أيضا نفس المؤلف ص / ١١٧ بند / ٨٨

(١١٢) وهو اعتماد مشروع ، لا يجب أن يكون من شأن السحب في العقار أن يُحبط .

راجع ميستر ص / ٢٠ بند / ٣٥

(١١٣) في هذا المعنى ، كايو ص / ١٠٥ بند / ٨٣

أن تتربب للدائن في المستقبل (١١٤)

٣ - أن النسوية في الحكم ، في هذا الشأن ، بين الرهن السابقة على الكفالة والرهن اللاحقة عليها ، توءبده فكرة الحلول ذاتها ، وفن الرهن نفسه : فالكفيل الموفى ، يحلولة محل الدائن ، يكون له - فانونا - حقيق هذا الأخير بحالته لحظة الحلول (١١٥) . ومن جهة أخرى ، فإن الحقوق الرهنية تكون ، منذ نشأتها ، بناءاً على الخاصية العينية للرهن ، ثابتة أو راسخة على الشيء المرهون . ومن ثم محمية ضد أى تغيير يمكن أن يحدث في ملكيته . وهذا الرسوخ هو الذى يكفل للدائن المرتهن ، إذا ماتصرف المدين في هذا الشيء ، أن يتتبعه بحقه تحت أى يد يكون . بيد أن الكفيل ، له ، هو نفسه ، على العقار الذى رهن بعد كفالته ، حق ، قد يكون افتراضياً أو كامناً لغاية اللحظة التى يحل فيها محل الدائن ، هذا صحيح ، لكنه يوجد بحالته هذه من لحظة نشوء هذا الرهن . وهذا الحق يجب أن يكون له - بدوره - نفس الرسوخ أو الثبات ، بحسبان الكفيل "دائناً مرتبناً معلقاً ( en puissance )" . ولا يكفل هذا الرسوخ أو الثبات إلا القول بعدم الاحتجاج عليه بتصرف المدين في هذا العقار إلى الحائز (١١٦) .

٤ - أن تغضيل الكفيل على الحائز ، هو - من بعد كل هذه الاعتبارات القانونية والفنية - الحل الذى تُمليه العدالة . فأحد أمرين في الحقيقة

---

(١١٤)(١١٥) في هذا المعنى كايو ص / ١٠٥ هامش / ١

(١١٦) قواران ، التعليق سابق الإشارة

إما أن الحائز قد اكتسب ملكية العقار معاوضة ، أو اكتسبها تبرعا .  
 في الحالة الأولى يكون بإمكانه أن يطمئن إلى حقوقه ، دون حاجة إلى  
 الرجوع على الكفيل ، بأن يستعمل ما يخوله له القانون من حو بطهير  
 العقار من الرهن . فإذا لم يفعل ، ومن ثم أوفى الدين ، يكون  
 قد قصر ، فلا يصح أن يلوّم إلا نفسه . ولا يسوغ أن ينحمل الكفيل  
 ( الذي لا يملك بالفرض هذه الرخصة ) تبعة هذا التقصير .<sup>(١١٧)</sup> أما في  
 الحالة الثانية ، فإنه يكون من شأن تفخيل الحائز على الكفيل ، تمكين  
 الأول من الإثراء ، إضرارا بالثاني<sup>(١١٨)</sup> .

### الوضع في مصر

(٤٤) هذا الاتجاه الأخير هو ما يسلم به الفقه في مصر<sup>(١١٩)</sup> ، وعلى نفس الأسس

تقريباً .

وفي الحقيقة فإنه يمكن أن يجد له ، عندنا ، سندا قويا ، فيما تقضى به  
 الفقرة ٢ من المادة / ١٠٨٠ التي تنص على أنه : " ويجل ( أى الحائز )  
 محل الدائنين الذين وفّاهم حقوقهم . وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم  
 من تأميمات قدمها المدين ، دون التأميمات التي قدمها شخص آخر غير

### المدين "

(١١٧) في هذا المعنى : ميستر ، المقال سابق الإشارة ص / ٢٠ بند / ٣٥ ، مازو

( هـ . ل . ج ) وشاباسي ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ ، وكذلك الفقه المشار اليه

فعلها مش التالى (١١٨) .

(١١٨) في هذا المعنى : كايو ص / ١٠٦ بند / ٨٣ ، ص / ١١٧ بند / ٨٨

(١١٩) أنظر مثلا : د . السنهورى ص / ٢١١ ، ٢١٢ بند / ٨٢ ، د . محمد على

إمام ص / ١٦٨ بند / ٩٨ ، د . حسام الأهوانى ص / ٢٠٧ بند / ٥٨٤ ،

وقارن ، مع ذلك ، د . سليمان مرقس ص / ١٣٣ بند / ١٦٣ الذي يبيدو

رأيه غامضا ، حيث يشير إلى هذا الاتجاه على أنه الرأى الذى يأخذ به

معظم الشراح في مصر .



## المبحث الثاني

### مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة بالكفالة

#### مطلب تمهيدى

هل يصدق على الكفالة العينية مفهوم الكفالة بالمعنى الصحيح؟

اختلاف الاتجاهات ، تقسيم .

(٤٥) إن تساؤلا مثل هذا كان ولا بد أن يثور فى الذهن مع هذا النوع من التأمينات موضوع الدراسة . والإجابة عليه هى ولا شك مدخل ضرورى قبل الخوض فى تفاصيل هذا المبحث . وفى شأنه ، يوءكد بعض الشراح الفرنسيين<sup>(١)</sup> ومعهم بعض الشراح المصريين<sup>(٢)</sup> ، أن ما يسمى بالكفالة العينية ليس كفالة بالمعنى الصحيح . لأن جوهر الكفالة تعهد شخصى ، بينما الذى يحدث فى هذا النظام أن شيئا من الأشياء هو الذى يكون مُثقالا بالضمان ، أو بعبارة أخرى " هو الذى يلتزم "<sup>(٣)</sup> ، ولذلك فإنهم يعتبرون تشويبها للفظ الكفالة إطلاقا على تأمين عينى . ويرون مع بعض الفقه البلجيكي " فى التعبير " كفالة عينية " تعبيرا يجمع فى ذاته تناقضا بين الوصف والموصوف .<sup>(٤)</sup>

ويخلصون من ذلك ، مع بعض الأحكام القضائية القديمة - إلى أن أيا من

(١) أنظر الفقه المشار إليه لاحقا هامش / ٣ الى ٧

(٢) د . السنهورى ص/ ٢٠ بند/ ١١ ، د . محمود جمال الدين ذكى ص/ ٣٣ بند /

١٣ .

(٣) جيبوار ، بودرى لكانتينرى ودى لوينز ، إشار إليهم جُرُوا هامش / ٢١

(٤) SIMLER(Philippe): j.cl. civ. sous cautionnement (٤)  
Fasc.A No 8 et s. art: 2011-2020

(٥) دى باج وديكرز ، إشار إليهما جُرُوا ه / ١٩

(٤٦) غير أن هذا النفي القاطع ، لم يرقّ لجانب آخر من الفقه ، وآه يُسرف فُسى  
المبالغة ، حيث يتجاهل أوجه تقارب بين الكفالتين لا يمكن إغفالها<sup>(٨)</sup> .  
ويخلصون إلى أنه ليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكفالة العينية كفالة

صحيح أنها ليست هي الكفالة الحقيقية بالمعنى الذى قصده المشرع فى الباب الخاص بالكفالة كتأمين شخصي ، " لكنها يمكن - على الأقل - أن تعتبر نوع خاص منها " <sup>(١١)</sup> وليس معنى أن المجموعة المدنية لم تتبصر ، ومن ثم ننظم

(٧) ويؤكد نفس هذه النتيجة ، بعض الشراح المصريين ، انظر د . محمود جمال الدين ذكي ص/ ٣٣ بند ١٣ ، أما د . السنهوري فينمأيوه كد (ص/ ٢٠ بند ١١) أنه يستبعد من نطاق الكفالة ، وهي تأمين شخصي ، الكفالة العينية ، وأن التأمين ، في الكفالة العينية هو تأمين عيني / يعود - عندما يحدد الدفع التي يمكن للكفيل العيني أن يتمسك بها فيؤكد أن له أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل الشخصي ، قاتلا (ص/ ٣٨١ بند ١٦٥) مائمه : " فهو لم يخرج عن كونه كفلا ضمن د.ب. الغير "

(٩) راجع، قول بعض الشراح المصريين، في هذا المعنى، أن الشخص الذي يعقد الرضـ<sup>١</sup>  
دون أن يكون مدنيا، يعتبر في علاقته بالمدني، كغيبلا لا مدنيا. <sup>٢</sup> د. شمس الدين  
شحاته، المجلد الثاني، ص ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦

[illegible]

وتنقسم لاعتبار هذا النوع الخاص من الكفالة ، في جوهره ، من الكفالة الشخصية ، بخلاف بعض أنصار هذا الاتجاه ( ممن يرون في فكسرة الالتزام العيني أساس مسئولية الكفيل العيني المحدودة ) ، المثال التالي :

عندما يبرهن شخص عقارا قيمته ١٠٠ ألف فرنك ، ضمانا لدين على غيره مقداره ٢٠ ألف ، ويكفل آخر - بذمة مالية تتضمن ١٠٠ ألف فرنك - ديننا على غيره مقداره ٢٠ ألف . عندئذ : يجد الدائن ، في الحالتين ، ضمانا ، مبلغ ١٠٠ ألف فرنك ، ويكون العقار المرهون ، في الفرض الأول ، ضمانا للدين بكل قيمته ، كل ما في الأمر ، أنه بالنظر إلى أن العقار لا يتمتع بالشخصية ، فإنه يتعين أن يكون هناك ممثل عنه ، يفيد من قواعد الكفالة أو ينحمل نتائجها ، هذا الممثل هو ما يسمى بالكفيل العيني (١٣) .

(٤٧) لكن بعض أنصار هذا الاتجاه الأخير ، يرون من غير الصحيح ، في المقابلة بين الكفالتين ، القول بأن الكفيل الشخصي يكون مسئولاً بالدين ، فيما يكون الشيء في الكفالة العينية هو الذي يلتزم . إذ الحقيقة أن الكفيل الشخصي لا يكون مسئولاً عن الدين بأكثر مما يقال بأن الشيء يكون مسئولاً به في الكفالة العينية . فكل من الكفيلين يكون عرضة لمسئولية أو خاضعا لقهر ، دون أن يكون لدينا حقيقة . والقهر في الكفالتين يكون

---

(١٢) " فالكفالة لاتزال ، حتى مع هذا التنظيم ، عقدا رضائيا ، تنشئه الإرادة المشتركة للمتعاقدين . هذه الإرادة التي تستطيع - في ظل مبدأ حرية الاتفاقات - أن ترضي هذا النوع من الكفالة المسمى بالكفالة العينية " كايو بند ٨ ص / ١٤

(١٣) انظر كايو ص / ١٣ بند ٨

على نفس الأمر ، وهو وعاء الدين ، الذي يختلف فقط بنوع وسيلته هذا

القهر . ففي إحدى الكفالتين يكون توسع الدائن أن يمارس سلطة القهر على  
أي مال للكفيل . فيما لا يتعلق التهديد ، في الأخرى . إلا بمال محدد .<sup>(١٤)</sup>

(٤٨) وفي القضاء ، هناك دمج الأحكام ذكره الكمال العمدة . كما سألنا

محكمة النقض الفرنسية ، في حكم حديث لها ، للكفيل العيني بـ  
المزايا المخزونة في الدائون للكفيل الشخصي .<sup>(١٥)</sup>

(٤٩) وفي مصر ، يرى بعض الشراح ، أن الكفالة العينية تنطبق عليها في الأصل  
قواعد الكفالة<sup>(١٦)</sup> . فيما يفضل البعض الآخر القول ، بأنه يسرى عليها  
أحكام الكفالة والرهن في نفس الوقت .<sup>(١٧)</sup>

ونعتقد ، من جانبنا ، أن الأدق ، هو القول ، بأن الكفالة العينية ، يسرى  
عليها من أحكام الكفالة ومن أحكام الرهن ما يتناسب وطبيعتها الخاصة .

وقد بينا ، في المبحث الأول ، مدى ما تخضع له الكفالة العينية من الأحكام  
المتعلقة بالرهن ، فيبقى علينا الآن أن نعرض لمدى خضوعها للأحكام  
المتعلقة بالكفالة العادية . موزعين الدراسة في هذا الشأن ، على ثلاثة  
مطالب ، على النحو التالي :-

(١٤) جروا بند / ٣١

(١٥) أنظر الأحكام المشار إليها في كايو ص / ١٣ بند ٨

(١٦) كالحق في التمسك ببراءة ذمته من طريق الدفع بإضاعة الدائن للنأمينات  
طبقاً للمادة ٢٠٢٧ ، أنظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ ، أشار إليه جروا دامسش  
٢٣/ .

(١٧) د . شفيق شحاته / المرجع السابق ص / ٦٧ بند / ٧٢

(١٨) د . سمير تناغو بند / ٥ ص / ١٨ ، بند / ٦ ص / ٢٠ ( وإن تحفظ في الموضوع  
الأخير ، قائلا ، أنه لا تسرى على الكفيل العيني ، أحيانا ، بعض أحكام الكفالة  
التي لا تنفق مع طبيعته مركزة ) .

## المطلب الأول في علاقة الكفيل العيني بالمدين

تمهيد :

٥٠) أو ذلحنا فبما نقدم ، أن الرأى ال اأجف فى الفقه . ، على ، اى ، ذللك الذى بقرب ببى كل من الكفالتبن ، الشخصية والعينية ولعل محتوى هذا المطلب يؤءكد صحة هذا التقريب .

ذللك أنه ، فى خصوص العلاقة بالمدين الأصلى ، لا يختلف كثيرا ، فى الواقع كفيل عبنى عن كفيل شخصى ، وذلك أمر مفهوم . فحكم هذه العلاقة لا يتوقف فى الحقيقة على نوع الضمان المقدم من قبل الكفيل . فما يهم المدين . على حد تأكيد بعض مؤيدى هذا التقريب . هو أن الكفيل قد يفى (١٩) . أما كيف ، وهل " نقدا ، أو يتحمل إجراء التنفيذ على أحد أمواله " (٢٠) فذللك أمر لأهمية له بالنسبة له (٢١) .

ونقدم فيما يلى ، بعض الأدلة المؤيدة لما قدمناه :

( ا ) الكفيل العبنى ، والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية

٥١) تجعل المادة / ٨٠٠ - مدنى مصرى ، والمادة / ٢٠٢٨ - ١ مدنى فرنسى للكفيل الذى وقى الدين ، أن يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عفت بعلمه أو بنير علمه " .

والأشعر على النصيب كان بواجب الكفالة الشخصية. هذا حفوى . لكن

(١٩) ... (٢١)

" Ce qui importe pour lui est que la caution paye, mais pour lui importe la manière, qu'il soit en cautions ou par l'abandon d'un de ses biens." GRUA ٢٩٠ ٢٩

المؤكد أن للكفيل العبنى ، بدوره ، نفس الحق (٢٢) . فمبّر هذا الرجوع وهو الوفاء بدين الغير ، متوافر فى شأنه . وما يقال فى أساس الدعوى الشخصية هذه ، الذى يرجع بها الكفيل ، وفى حدود هذا الرجوع (٢٣) يصدق على كل من نوعى الكفالة .

٥٢) على أنه ، فيما يتعلق بالمسألة الأخيرة ، يرى بعض الشراح الفرنسيين ، وجوب التفرقة - فى حالة ما إذا كان الكفيل قد فضل أن يحتفظ بعقاره المرهون فاختر أن يفى الدين نقداً - بين ما إذا كانت قيمة هذا العقار أكبر - أو على الأقل مساوية - للدين أو كانت أقل منه . ويؤكد أنه ، فى الفرض الثانى ، يكون الكفيل قد تصرف كـ " فضولى " (٢٤) وأن الدعوى التى سيرجع بها " ستكون دعوى الفضالة " (٢٥) ، حكمه حكم الكفيل الذى تدخل ، بكفالته ، دون علم المدين لينتهى - تفرعاً على ذلك ، إلى القول بوجوب خضوع الكفيل - عندئذ - لحكم المادة / ١٣٧٥ (الواردة فى باب الفضالة) ، بمعنى ضرورة أن يثبت أن المبالغ التى دفعها للدائن ، كانت " مفيدة أو ضرورية " حتى يمكنه أن يرجع بها على المدين " (٢٦) .

---

(٢٢) راجع فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٤ هامش / ٤٤ : كايو ص / ٨٦ بند / ٦٧  
 (٢٣) راجع فى هذه الأمور ، كايو ص / ٨٢ وما بعدها بند / ٦٦ ، وفى الفقه العربى محمود جمال الدين ذكى ص / ١٢٨ وما بعدها بند / ٦٧ .

• (٢٤)، (٢٥) كايو ص / ٨٦ بند / ٦٧ .

• (٢٦) كايو ص / ٨٦ بند / ٦٨ .

وهذا الرأي هو ، في اعتقادنا ، محل نظر . وقد انزلق إليه صاحبـه على سـمـدو ، كنتيجة للإسـنطرا د الذي بدأه من تصور يوءيده ، مفاده ، أنه في الكفـالـة، العـنـيـة . بـكـون العـفـار هو المـلتـزم بالـدين ، وما الكـفـيـل الا مـجـرـد سـمـل له . إذ يوءد أنه " لا يـعـد بالإمـكان هنا ، الفـول بأن الكـفـيـل قـسـد أوفى الـرام العـفـار الـي يـمـثـلـد ، سـاـدـام أنه قد أوفى بأكثر مما كان هـسـدا العـفـار مـلتـزما به . . " (٢٧)

٥٣) وبـقـي ، في هـذا المـوـضـع ، أن الكـفـيـل العـيـني ، يـخـضـع ، بـدورـه ، ولـنـفـسـه في المـصـرـرات . إذا ما أراد الـرجـوع بالـدـعـوى الشـخـصـية - لما تـقـضـي به المـادـة / ٢٩٨ سـدـي مـحـري والمـادـة / ٢٠٣١ مـدـني فرنـسي ، في خـصـوص الكـفـالـة الشـخـصـية - من فـرـوـرة إـخـطـار المـدـين قـبـل أن يـقـوم بـوفـاء الـدين ، وإلا كان عـرـضـة ، هـو الأخر ، لـنـفـس ما يـمـكـن أن يـتـعـرـض لـها الكـفـيـل الشـخـصـي في حـالـة عـدم الـقـيـام بـهـذا الإـجـراء . . (٢٨)

بـ الكـنـيـل العـيـني والـرجـوع عـلى المـدـين بـدـعـوى الـحـلـول (٢٩) .

٥٤) ولـلـكـفـيـل العـيـني ، كـالـكـفـيـل الشـخـصـي ، كـذلك ، الـحـق في الـرجـوع عـلى المـدـين

---

(٢٧) كايو س ، ٨٥ ، ٨٦ بند / ٦٧

(٢٨) هذا ، وعلى عـكـس ما يـبـدو أنه الـرأي الـراجـح في مـصر ، يـرى بـعض الشـخـصـيـات الـفرنـسـيـين ، أن هـذا الإـخـطـار واجـب عـلى الكـفـيـل العـيـني ، وُجـوبـه عـلى الكـفـيـل الشـخـصـي ، حـتـى ولو كان بـريـد الـرجـوع عـلى المـدـين بـدـعـوى الـحـلـول . راجـع في هـذا المـعـنى : كايو س / ٩٠ بند / ٧٣ ، وقارن د . مـحـمود جـمال الـدين زـكي س / ١٣٧ بند / ٦٨ ( الذي يـرى أن هـذا الإـجـراء يـكـون غـير واجـب في هـذـه الحـالـة ) .

(٢٩) راجع في بـقاـصـل هـذه الـدـعـوى كايو س / ٨٨ وما بـعـدها بند / ٧١

بدعوى الحلول (٣٠) . وهو أمر مسلم به فى الفقه والقضاء (٣١) ، ويقال ، فى تبريره ، أحيانا ، أنه من غير العادل حرمان الكفيل العينى من هذا الحق (٣٢) حين أنه ، كالكفيل الشخصى ، يكون " مسئولاً بالدين " (٣٣) .

ورغم تأييد جُروا لهذه النتيجة ، إلا أنه ينتقد هذا التبرير ، فعنده ، أن الكفيل العينى ليس بحاجة إلى " شقة " (٣٤) ، حتى يُقال بأن له مثل هذا الحق لأن مثله ، مثل الكفيل الشخصى تماما ، يستمد حقه فى الحامس القانونى من المادة / ١٢٥١ - ٣ مدنى . صحيح - هو يستدرك - أنه قد لا يكون دقيقا ، القول ، بأن الكفيل العينى يكون " مسئولاً " حالة عدم وجود التزام فى الحقيقة يتحمل به . لكن الوضع نفسه هو أيضا وضع الكفيل الشخصى (٣٥) . فكل منهما يعانى قهرا دون دين . إنهما مجبران من أجل دين على الغير ، لأملمان بدين الغير . وإذا كان أحدهما ( وهو الكفيل العينى ) قد لا يتحمل كلية الدين فإن هناك كفلاء شخصيين أيضا ، يمكن أن تكون كفالتهم ، هم الآخرين ، " جزئية " لا مطلقة (٣٧) .

(٣٠) م/ ٧٩٩ ، م/ ٣٢٦ مدنى مصرى ، وراجع ، من تطبيقات القضاء المصرى ( وإن كان فى صدد كفالة شخصية ) : نقض ١٩٦٨/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة/ ١٩ ص / ١١٦ رقم/ ١٩ نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ نفس المجموعة السنة/ ١٩ ص / ٣٢٧ رقم / ٥١

(٣١) أنظر مثلا : جُروا بند / ٣٤ : كايو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، مولى (كريستيان) المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند / ٣٩٢ ، ميستر ( جاك ) ، المقال السابق الإشارة بند / ١٦٠ ، ومن أحكام القضاء الفرنسى . civ. 23/11/1964 BUL. civ. T.1 P. 339 No 331

(٣٢) أنظر كايو ص / ٨٧ بند / ٦٩ ، ميستر ( ج ) بند / ١٦٠ ، مولى ص / ٤٩٧ بند / ٣٩٢ .

(٣٣) ميستر ، مولى سابقى الإشارة

(٣٤) إلى (٣٧) جُروا بند / ٣٤



(ح) الكفيل العيني والرجوع على المدين بالمدعى الشخصية لتخليصه  
من الكفالة ، أو لضمائه ( في القانون الفرنسي ) (٣٨)

٥٥) وبسلا عن الدعوى الشخصية ، ودعوى الحلول التي نفترض . كل منهما ، أن  
يكون الكفيل قد أوفى الدس ، تنضم المجموعة المدنية الفرنسية حكما .  
لا ، فبالد في القانون المصري ، ورد النص عليه في المادة / ٢٠٣٢ ومقتضاه  
أن للكفيل أبدا - في حالات استثنائية محددة - أن يبادر بالرجوع على  
المدين ( مدعى شخصية ) حتى قبل أن يكون قد سدد الدين ، وذلك (٣٩)  
لإلزامه " بتخليصه " (٤٠) من الكفالة أو " بضمانه عند الحكم لذي يوشك  
أن يتحمل أي الذي سيستغفره الدائن فده (٤٢) .

(٣٨) راجع في هذا الشأن : جوسران - المرجع السابق ص / ٨١٢ بند / ١٤٩٥ ، كولان  
وكابيسان ودي لامورانديير ص / ٨٢٥ وما بعدها بند / ٩٨٦ ، كايو  
ص / ٩٠ وما بعدها بند / ٧٤ .  
(٣٩) ويرى الفقه الفرنسي أنها تنأسس أيضا على فكرة الوكالة أو الفضالة ، على  
حسب الأنوال ، راجع مثلا : كولان وكابيسان ودي لامورانديير ، المرجع  
السابق ص / ٨٢٥ بند / ١٩٨٦ ، وراجع في تطبيق فضائي لهذا النص ،  
: Cass. 24/3/1980 D1980-1.R-P. 325

(٤٠)، (٤١) كولان وكابيسان ودي لامورانديير ، الإشارة السابقة .

(٤٢) فهذا النص يجري على النحو التالي :-

" للكفيل - حتى قبل أن يكون قد أوفى - أن يرجع على المدين ، قصد أن  
يكون مضمونا منه ( pour être par lui indemné ) :

- ١) حينما تكون دعوى الوفاء قد رُفعت عليه .
  - ٢) حينما يكون المدين قد أفلس أو أُعسر .
  - ٣) حينما يكون المدين قد التزم بأن يُحلّه من تعهده ، في وقت معين .
  - ٤) حينما يكون الدين قد أصبح مستحقا بحلول أجله
  - ٥) في نهاية عشر سنوات ، إذا لم يكن للإلتزام أجل محدد
- لاستحقاقه ..... "

٥٦) وحول ما إذا كان الكفيل العيني يمكنه أن يستفيد ، بدوره ، من هـسدد

الميزة ، أم لا ، اختلفت وجهة نظر الشراح الفرنسيين :

فقد رفض البعض تطبيق هذا النص على الكفالة العينية ، تأسيسا على ما للمحامي المقدم من جانب الكفيل من منفعة تبعية تسوجب القول ببقائه مابقي الالتزام الأصلي ، مالم يكن هناك اسنراط مخالف ، وأند إذا كان المشرع قد خرج على هذا الأمل ، في النص السابق ، بشأن حالات استثنائية محددة ، فإن النصوص الاستثنائية ، لايصح التوسع في تفسيرها (٤٢) .

أما البعض الآخر ، فقد رأى أن الكفيل العيني يستحق - بدوره - هذه الحماية<sup>(٤٣)</sup> التي يقرها المشرع ، بالفرض ، لمن يتعهد من أجل دين

على غيره . وأنه من الظلم حرمانه من هذه الميزة ، ومبررها متوافر في جانبه هو الآخر<sup>(٤٤)</sup> . هذا إلى أن وجهة النظر العكسية كانت لتفهم

لو أنه كان يترتب على تطبيق هذا النص على الكفيل العيني ضرر يلحق بالدائن ، حين أن الأمر بعيد عن ذلك تماما . فالهدف الأساسي من مبادرة الكفيل بهذا الرجوع ، هو التوصل إلى تخليصه من عبء كفالته ، بمعنى شطب قيد الرهن الذي ورد على العقار ( في الكفالة العينية ) . بسدد أن الدائن لن يقبل هذا الشطب ، إلا إذا استوفى حقه من المدين ، بما يعني أن النتيجة ستكون - على العكس - هي التعجيل بالوفاء . أو على

---

(٤٢) رأى منسوب لـبون ، أشار إليه كايو ص / ٩١ بند / ٧٥

(٤٣) رأى منسوب لـ : تروبولونج ، سونسو ، واللو ، أشار إليهم كايو

ص / ٩١ بند / ٧٥ ( وهو - بدوره - من نفس الاتجاه )

(٤٤) ' كايو ص / ٩٢ بند / ٧٥

الأقل ، إلا إذا حصل ( أى الدائن ) على ضمانات جديدة ، إذا كان المدين غير قادر إذ ذاك على السداد ، وعندئذ فلن يكون هناك من شيء يخسره (٤٥) "

ويؤكد غالبية أنصار هذا الاتجاه الأخير ، قابلية النص سابق الإشارة للتطبيق على الكفيل العيني ، حتى ولو كانت كفالته قد تمت دون علم المدين " لأن الشخص الذى بوعدى ، مختارا ، خدسة لغيره ، دون أن يكون مستحقا عليها بسنخ نفس الميزة التى يستحقها شخص تعهد بناءً على رجاء المديسن (٤٦) .

ولا يستثنون من إمكان تطبيقه ، إلا حالة ما إذا كانت الكفالة قد تمت بالرغم من معارضة المدين . لأنه من غير السائغ ، عندهم ، " أن ينحمل هذا الأخير مساوىء تصرف اعترض عليه " (٤٧)

## المطلب الثاني

### في علاقة الكفيل العيني بالدائن

(٥٧) كذلك ، فإنه من حيث العلاقة بالدائن ، لا تختلف الكفالة العينية كسرا عن الكفالة العادية ( الشخصية ) ، بل تنطبق عليها ، تقريبا ، نفس قواعد هذه الأخيرة ، سواء تلك التي تتعلق بشروط صحة التزام الكفيل ، أو تلك التي تنظم إعمال هذا الالتزام :

أولا : من حيث القواعد التي تحكم شروط صحة التزام الكفيل :

- (٥٨) تنطبق هذه القواعد ، في نفس الحدود تقريبا ، على الكفيل العيني :
- فهذا الأخير يجب أن نتوافر فيه ، بدوره ، أهلية التبرع <sup>(٤٨)</sup> ، لأنسه " عادة ، لا ينتفع شخصا بالرهن الذي يقدمه ضمانا للوفاء بدين" <sup>(٤٩)</sup> ،  
المدين ، وإنما " ينفع المدين" <sup>(٥٠)</sup> بهذا الرهن <sup>(٥١)</sup> .
  - من جهة أخرى ، فإنه بالنظر لثبوت خاصية التبعية للالتزام المكفول للكفالة العينية ، ثبوتها للكفالة الشخصية <sup>(٥٢)</sup> ، فإنها لا تكون ، بدورها " صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحا <sup>(٥٣)</sup> ، (٥٤) .

(٤٨) في هذا المعنى كابو ص ، ٣٣ ، ٣٤ بند ٢٤ ، وضمنا جروا بند / ٣٦ ودكتورو السلهوري ص / ٣٤٥ بند / ١٥٤

(٤٩) - (٥١) د . السلهوري ، الإشارة السابقة .

(٥٢) راجع من تطبيقات القضاء المصري ، في هذا الشأن : نقض ٨٠ / ٢ / ١٨ المجموعة

السنة ٣١ / ج ( ١ ) ص / ٥٣٤ رقم / ١٠٤ ، نقض ١٥ / ٣ / ١٩٧٦ المجموعة السنة ٢٧

ص / ٦٢٧ رقم / ١٢٢ . وقد اكدت محكمة النقض على أن التزام الكفيل يظل

بحسب الأصل - تابعا للالتزام الأصلي ، ولا يقوم من ثم إلا بقيامه ، رغم أن

كفالة المدين تجوز بغير علمه ورغم معارضة ، أنظر نقض ١٩٧٢ / ١٢ / ٢٨

المجموعة السنة ٢٣ / ج ( ٣ ) ص / ١٤٨٧ رقم / ٢٣٢

(٥٣) م / ٧٧٦ مدني مصري ، م / ٢٠١٢ مدني فرنسي

(٥٤) راجع كابو ص / ٣٥٠ بند / ٢٥ ، د / ١٨ بند / ١٤ ، وانظر من تطبيقات القضاء

المصري ، نقض ١٩٧٢ / ١٢ / ٢٨ سابق الإشارة .

وهي الأخرى . تنعزل لنفس المعبير لو أن هذا الالتزام كان باطلا ، أو قابلا  
للإبطال وأُطل (٥٥) . كما أنها ، لاتجوز ، بدورها ، " في مبلغ أكبر مما هو  
مستحق على المدين ، ولا شروط أشد من شروط الدين المكفول " (٥٦) ، (٥٧) .

- فقط بتحفظ ، في هذا الشأن ، بعض الشراح ، حين يتعلق الأمر بكفالة  
الترام نافذ الأهلية . وأساس تحفظه ، أن صحة كفالة مثل هذا الالتزام كفالة  
شخصية ، المفردة بالمادة / ١٢-٢١ مدني فرنسي (٥٨) ، تقوم على أساس من  
أن تعهد الكفيل يعتبر نوعا من التعهد عن الغير (٥٩) ، حين أن مثل هذا  
التحليل لا يصدق في حالة الكفالة العينية ، لأنه في التعهد عن الغير ، يضمن  
المتعهد ، تعهده ، بذمته المالية كلها ، فيما لا يضمن الكفيل العيني تعهده  
إلا بأحد أمواله (٦٠)

- (٥٥) في هذا المعنى : كايو ص / ١٨ بند / ١٤ ، د . السنهوري ص / ٣٨٠ بند /  
١٦٥ ، د . شفيق شحاته ص / ٦٧ بند / ٧٢ ( حيث يوصيه على أن الرهن  
المصدر من الكفيل يلحق بدين المدين باعتباره وصفا من أوصافه ) .
- (٥٦) م / ٢٨٠-١ مدني مصري ، م / ٢٠١٣ مدني فرنسي ، راجع كايو ص / ٣٥ بند / ٢٥  
ص / ١٨ بند / ١٤
- (٥٧) وكفالة الالتزام الطبيعي كفالة عينية ، غير جائز أيضا ، تماما كما هو  
الحال في الكفالة الشخصية . راجع في هذا المعنى : د . شفيق شحاته  
ص / ٦٧ بند / ٧٢ .
- (٥٨) ويقابلها في مصر ، نص المادة / ٧٧٧ التي تقضي بأن : " من كفال التزام  
ناقص الأهلية ، وكانت الكفالة بسبب نقص أهليه ، دان ملزما بتنفيذ  
الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول "
- (٥٩) Promess de porte- Fort ، راجع جروا بند / ٣٦  
سيملر ، تحت المواد ( ٢٠١١ - ٢٠٢٠ ) ( j . cl . civ . Fasc B . 1 No 72 )
- د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٦٣ بند / ٣٥
- (٦٠) في هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ ، وقارن ، مع ذلك ، بلانيول وريبير وبيكيه  
المرجع السابق بند / ٣٣٦ ، د . شفيق شحاته ص / ٦٨ بند / ٧٢ ( الذي  
يوكد أن الكفالة العينية الصادرة لضمان دين ناقص الأهلية ، بسبب  
نقص أهليته ، تعتبر صحيحة ، قياسا على الكفالة الشخصية .

ثانيا : من حيث القواعد التي تحكم أعمال الكفالة :

٥٩) ولا تختلف ، تقريبا ، في هذه القواعد بدورها ، الكفالة العينية عن الكفالة الشخصية ، نظرا لصفة التبعية للالتزام الأصلي ، التي تثبت لها هي الأخرى كما قدمنا ، بما يجعل قيامها وبقائها ، كقيام وبقاء الكفالة الشخصية رهن قيام الالتزام الأصلي (٦١) وبقائه (٦٢) ويتفرع على ذلك :-

٦٠) أن يكون للكفيل العيني - بدوره - مال الكفيل الشخصي من حق في أن يتمسك في مواجهة الدائن ، بجميع الأوجه التي يمكن للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، أو بمصادره أخرى - بجميع الدفع التي تكون مرتبطة بالمدين ، كبطلانه مثلا أو انفصائه ، لأي سبب (٦٤)

(٦١) راجع ، من تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ٢٢/١٢/٢٨ المجموعة السنة ٢٣ (ع/٣) ص ١٤٨٧ / ٢٣٢ ، حيث فرعت المحكمة على الصفة التبعية للالتزام الكفيل ، أن هذا الالتزام لا يقوم إلا بقيام الالتزام الأصلي .

(٦٢) كذلك يؤكد بعض الشراح ، أن حدود أثر علاقة الكفيل العيني بالمدين ، على تعهده في مواجهة الدائن ، هي نفس حدود هذا الأثر ، فيما يتعلق بالكفالة الشخصية . راجع : جروا بند / ٣٦ : وأنظر في تطبيق لذلك : cass. 8/11/1972 D 1973 - 753 et note MALAURIE

، وأنظر في تفاصيل هذا الموضوع  
REMOND-GOUILLOUD(M). L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement. j.c.p 1977  
-1- dont- 2850

(٦٣) في هذا المعنى جروا بند/ ٣٦ ، د. السنهوري ص/ ٣٨٠ ، ٣٨١ بند/ ١٦٥ ، د محمد علي إمام ص/ ١٦٦ بند/ ٩٦ ، ومن تطبيقات القضاء المصري (في كفالة شخصية) نقض ١٩٧٢/١٢/٢٨ سابق الإشارة .

(٦٤) وقد قضى تبعا لذلك ، وتطبيقا للمادة ١٢٨٧-١ مدني فرنسي التي تقضي بأن الإبراء ... الممنوح للمدين الأصلي يعفى الكفلاء " بأن للكفيل العيني أن يتمسك بإبراء الدائن مدينه الأصلي : أنظر Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1 et not VOIRIN (P)

أما في مصر ، فنفس الحكم يمكن أن يستخلص من عموم صياغة المساعدة ١-٧٨٢ التي يقضي بأن إبراء الكفيل بمجرد براءة ذمة المدين "

وهو ، في تمسك بهذه الدفوع يستعمل الكفيل الشخصي - حقا خاصا به ،  
لاحق المدس (٦٥)، (٦٦) • ولذلك ، فإن هذا الحق يبقى له - بدوره - ولو  
لم ينمسك المدس بهذه الدفوع ، أو تنازل عن حقه في التمسك بها ففى  
مواجهه الدائن (٦٧) •

(٦٦) وللكفيل العيى ، كذلك ، أن ينمسك بالأوصاف المتعلقة بالدين المكفول  
وبخاصة ، الأجل الذى يمكن أن يكون قد أضف إليه هذا الدين (٦٨) • وهو  
لاباثر - بدهاء - بتسبب المدس فى سقوط مثل هذا الأجل (٦٩) ، إذ لا يجوز  
أن يتحمل تبعه خطأ لم يرتكبه ، حين أنه بالفرض قد تدخل قصد إساءة خدمة  
أساسا • كما يمكن أن تسند هذا الحكم أيضا ، حقيقة أن الكفالة هى " عملية  
مركبة ، تربط بين أشخاص ثلاثة ، ولا يمكن لأحدهم ، أو لاثنيين منهم ، أن  
يسوء " مركز الثالث " (٧٠) •

(٦٥) وهو ما توءكده ، فى مصر ، صياغة المادة ، ١٢٨٢ - التى تقضى بأن :  
" له ( أى الكفيل ) أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين " وفى  
نفس المعنى تقريرا نص المادة / ٢٠٣٦ - ١ مدنى فرنسى •  
(٦٦) راجع فى هذا المعنى ( فيما يتعلق بالكفالة العادية ) : لوران ، المرجع  
السابق ج / ٢٨ ص / ٢٩٦ بند / ٣٠٠ ، بودرى لكانتينرى وقال ، المرجع  
السابق ج / ٢١ ص ، ٤٦٨ بند / ٩٥٤ ، د • السنهورى ص / ٣٨٠ ، ٣٨١  
بند / ١٦٥ ، د • محمود جمال الدين ذكى ص / ٩٦ بند / ٤٩  
(٦٧) فى هذا المعنى : د • السنهورى ص ، ٣٨٠ ، ٣٨١ بند / ١٦٥  
(٦٨) فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ ، هذا ويُلاحظ أن بإمكان الكفيل أن يعلّق  
التزامه على شرط أن يمنح الدائن المدين أجلا للوفاء بدينه • راجع فى هذا  
المعنى : د • محمود جمال الدين ذكى ص / ٧٥ بند / ٤١ وحكم استئناف  
ليون الذى يشير إليه فى هامش / ١٩ •  
(٦٩) راجع فى هذا المعنى : جروا بند / ٣٦ : راجع فى الفرض العكسى ( وهو  
فرض تسبب الكفيل فى إسقاط الاجل بإضعاف التأمين ، وأثر ذلك على الأجل  
بالنسبة للمدين ) سابقا بند / ١٩ •  
(٧٠) راجع • محمود جمال الدين ذكى ص / ٩٩ بند / ٥٣ نقلا عن دى باج اشار إليه  
هامش / ٧

٦٢) وإذا كان يجوز للكفيل العيني - طبقا للقواعد العامة في الكفالة - أن يفيد من حيث الأصل - من كل اتفاق يقبل الدائن بمقتضاه تخفيف عبء الديون المكفول<sup>(٧١)</sup> ، إلا أن المشرع الفرنسي كان ، على ما يبدو ، ساطق من اعتبار أن رضا الدائن بإطالة الأجل الذي كان الدين قد أصب إليه أملا مُمسًا يمكن أن يضر الكفيل ( لما يحتمل معه أن يصبح المدين غير قادر على سداد الدين في الأجل الجديد ، بعد أن كان بوسعه السداد قبله ) ، حين قرر في المادة / ٢٠٣٩ ، بأن الكفيل ( الذي لن يُعفيه ، بالفرض ، مجرد هذه الإطالة ) يستطيع ، في هذه الحالة ، أن يرجع على المدين ، لجبره على الوفاء للدائن (٧٢)، (٧٣) .

(٧١) راجع في هذا المعنى (في صدد الكفالة الشخصية) د . محمود جمال الدين زكي ص / ٧٤ بند / ٤١ .

(٧٢) فهي تجرى على النحو التالي :-  
" la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement " .

(٧٣) ويبدو أن العادة أصبحت تجرى في فرنسا ، على أن تتضمن عقود الكفالة شرطا ، يحظر على الدائن منح مهل جديدة للمدين ، وإلا فقد كل حوله في الرجوع على الكفيل . راجع في مثل هذا الشرط ، ومدى صحته :

DAGUI (M) De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution. j.c.p 1973-1-doct-2577

وراجع أيضا :

civ . 22/5/1973 j.c.p 1973-2-17572 et note  
DAGUI (M)



٦٣) وبدهى أن يكون للكفيل العيني ، كالكفيل الشخصي ، وطبقا للقواعد العامة نفسها . أن يتسلك في مواجهة الدائى المرتهن ، بالدفع المتعلقة بالعقد (٧٤) الذى أبرمه معه .

٦٤) وقد كان لسكى القول - من خلال نظره مستقلة للمبادئ العامة للكفالة أن للكفيل العيني (كشخص غير مسئول بدوره عن دين غيره ، إلا بشكل تبعي) حق الدفع بالجريد والدفع بالنجرة (أو التقسيم) ، لولا أن بعض أحكام الرهن يبدو تتعارض مع ذلك ، على ما سنبينه ، فى موضع لاحق . (٧٥)

٦٥) ويبقى أنسه ، قد أصبح من المسلم به الآن (٧٦)

---

(٧٤) فى هذا المعنى : د . السنهورى ص / ٤٨١ بند / ١٦٥ : د . محمد على إمام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ .  
(٧٥) راجع لاحقا بند /

(٧٦) انظر مثلاً :  
كابو ، خاصة ص / ١٤٩ بند / ١٠٠ ، مولى ، المرجع السابق ص / ٤٩٧ بند ٣٩٢ ، ديبوى ، المرجع السابق ص / ١٨٣ ، مازو (هـ ل . ج .) وشاباس ،  
المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢

BETANT- ROBERT(S) : La décharge de la caution par application de l'article 2037, Rev. trim. 1974 P. 314  
No 12

و ضمنا : داجو مقال ١٩٧٣ سابق الإشارة بند / ٣ :

وفى القضاء الفرنسى

cass 27/4/1942 S 1942-1-144, cass 23/11/1954  
Bul. civ. To. 1 P. 779 No 331 , cass 4/1/1973  
Bul. civ. To.1 P.1 No 1 .

وفى مصر : د . السنهورى ص / ٢٤٢ بند / ١٠١ ، د . محمد على إمام ص / ١٦٦  
بند / ٩٦ ، د . سمير تناغو ص / ٩٠ بند / ٣٦ ، وقرب د . محمود جمال الدين ذكى ص / ١٠٢ بند / ٥٣ ، وعكس ذلك : د . محمد كامل مرسى  
ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ ،

تقريباً (٧٧) ، أن للكفيل العيني، بدوره ، أن يتمسك بالحق ، المقرر صراحة في القانون للكفيل الشخصي ، وهو أن يدفع رجوع الدائن عليه ، لعدم محافظة هذا الأخير على التأمينات التي كانت تخفى الوفاء بالالتزام المكفول (٧٨)(٧٩)

(٧٧) أما الفقه البلجيكي ، فإنه ، على العكس ، لا يسلم بذلك . أشار إليه بينان روبييه ، المقال السابق ص / ٣١٧ بند / ١٤ ( وشهر في هامش / ٢٦ إلى كل من : دي ساج ، وديكرز ) وفي نفس هذا الاتجاه من الفقه السعري . دكنسور محمد كامل مرسى ص / ١٧٧ ، ١٧٨ بند / ١٤٩ .

(٧٨) م / ١-٢٨٤ مدني مصري . م / ٢٠٣٧ مدني فرنسي ، ويقرر نفس الحكم ابنا كل من : القانون البلجيكي ، واللوكة بورجي ، الايطالي ، والاسباني ، والأتبوسى والسويسري ، والالمانى ، والنمساوى ، والقضاء الانجليزى . راجع في ذلك مولى المرجع السابق ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٧ . وراجع ، مع تطبيقات القضاء المصرى ، لهذا الحكم ، فى مدد الكفالىة الشخصية : نقض ١٩٦٩/٦/٢٤ المجموعة السنة / ٢٠ ص / ١٠٥٠ رقم / ١٦٣ .

(٧٩) وكان الشراح الفرنسيون ، القدامى ، يطلقون على هذا الحق " الدفع بالتنازل عن الدعاوى : Bénéfice de cession d'actions : أشار لذلك : مولى ص / ٤٩٢ وما بعدها بند / ٣٨٦ وانظر فى أصل هذا التعبير القديم : بيتان - روبييه المقال السابق ص / ٣١٢ بند / ٧ ، مارتى ورينو ، المرجع السابق ج / ٣ مجلد / ١ بند / ٥٦٢ . كما لا يزال البعض فى الفقه الحديث يستخدم نفس التعبير ، انظر مسلا شيفالييه وباض ، المرجع السابق ص / ٤٦٢ . وانظر ، فى تفضيل أن يطلق عليه تعبير الدفع بالحلول ، أو بالأولى ، الدفع بعدم الحلول : مولى ص / ٤٩٣ بند / ٣٨٦ .

SILVER(ph). La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2057 du code civil J.c.p. 1975-1-doct-2711 no 4 note 4.

ودون دحوّل المدعى. ذلكون مفيدتكثيرا في هذا الشأن بعد أن استمر  
 (٨٠) الأثر بعد . بحسري، القول بأن ما كان يتور من خلاف في فرنسا ، حول مدى  
 سبوت سبل هذا الحق للكفيل العيني، كان يرجع في الحقيقة إلى اختلاف في  
 تحليل الأصل التاريخي الذي استند منه نص المادة / ٢٠٣٧ التي قررت هذا  
 الحق للكفيل (في باب الكفالة الشخصية) فقد كان البعض يعتقد ، من هذا  
 التحليل أن نشأة الحق في التحريد ، للضامن ، كانت هي الأساس لما  
 أصبح يلزم به الدائن ، في العاوس الروماني ، من المحافظة على الضمانات  
 التي تضمن حقه . ليخلص من هذا الفهم إلى أن من لا يملك من الضامنين  
 الحق في المجرد ، ومنهم الكفيل العيني ، لا يمكنه أن يدفع بإضاعة الدائن  
 للضامات (٨١) .

وإذا كان البعض قد تمكن هذا أن يفند مثل هذا التحليل (٨٢) ، إلا أن شكك  
 كان يبقى حول نوت هذا الحق للكفيل العيني أساسه ، ما قد يرى من عدم  
 جوار التوسع في تفسير المادة / ٢٠٣٧ بحسبانها استثنائيا . بيد (٨٣)  
 أن الفقه والقضاء الفرنسيين ، مالبث حتى بد هذا الشك ، منذ

---

(٨٠) راجع في هذا الشأن : مولى الحفحات من ٤٩١ - ٥٢٣ البند من / ٣٨٥ -  
 ٤١٤ ، بنان - روبيه ، المقال سابق الإشارة ، شيفالييه وباش المرجع  
 السابق ص / ٤٦٢ ، ديبوي ص / ١٨٣ .

SIMLER (ph) : note j.c.p 197٥-2- 18182

(٨١) رأى منسوب لـ تروبولونج عرنه كايو ص / ١٣٢ وما بعدها بند / ١٠٠ ،  
 كما ينسب نفس الرأي لفقهاء آخرين ، مولى ص / ٤٩١ بند / ٣٨٥ ، وانظر  
 أيضا الفقه الذي يشير إليه كل من : د . السنهوري ص / ٢٤٢ هامش / ٢  
 د . محمد كامل مرسى ص : ١٧٨ هامش / ٤ .

(٨٢) راجع ، كايو ص / ١٣٣ وما بعدها بند / ١٠٠ ،  
 (٨٣) أشار إلى وجود مثل هذا الشك ، لدى البعض في الفقه الفرنسي ، كايو ص / ١٤٥  
 بند / ١٤٥ كما بو ، كد بيتان - روبيه ص / ٣١٧ بند / ١٤ أن المحاكم الفرنسية  
 ذلك فعلا لوقت طويل . وبأخذ بوجه النظر هذه في مصر / د . محمد كامل مرسى  
 ص / ١٧٨ بند / ١٤٩ .

(٨٤) وقت طويل ، وإن اختلفت وجهات النظر ، بعد ذلك ، حول أساس الحكم المقرر بهذه المادة (٨٥) .

---

(٨٤) أشار لذلك ، كايو ص / ١٤٥ وما بعدها بند / ١٠٠ ، وانظر الأحكام الفضائية العديدة التي أشار إليها في نفس الموضع .

(٨٥) راجع ، في عرض مفصل ، لمختلف الآراء التي فيلت في هذا الأساس : بينان روبيه ص / ٣١٢ وما بعدها البنود من ٧ - ٩ ، وسيملر مقال ١٩٧٥ سابق الإشارة ، البنود من ٩ - ٢٣ .

وراجع في الآراء الخاصة ، في هذا الشأن :-

مازه ( هـ - ل - ج ) وشاباس المرجع السابق ص / ٢٧١ بند / ٢٦٢ . سيملر مقال ١٩٧٥ سابق الإشارة بند / ٤ هامش / ٤ ، بيتان - روبيه ص / ٣١٣ بند / ٩ ، جوسران المرجع السابق بند / ١٤٩٠ ، مارتى وريينو ، المرجع السابق

ج / ٣ بند / ٥٤٢ ص / ٣٣٦

HINDLER (R) . Le développement , reine éphémère les  
garetes 2 - D - 1961 - chro - P.131

### المطلب الثالث

في العلاقة بين الكفلاء المتعدين

ز - و غ الكفيل العيني ، وأوفى ، على غيره من الكفلاء ( ٨٧ )

( ١ ) في فرض وجود كفيل عيني آخر ، مع الكفيل العيني ( ٨٨ )

١٦٦ وسطّلوا العدد . فربما من نفس الأفكار التي نحكم فرض تعدد الكفلاء

الشخصيين ، حسن بعرضون لحكم تعدد الكفلاء العيينيين ، فيسلمون ، في

هذا الشأن أيضا ، بأن للكفيل العيني الذي أوفى أن يرجع على الكفيل العيني

الأخر الذي رهى ساه في نفس الدين ، وذلك بنسبة نصيبه في هذا الأخير ،

---

( ٨٧ ) لا سؤر - في معر - رجوع الكفيل الموفى على غيره ممن كفّلوا نفس الدين ، إلا

إذا كانوا متضامنين جميعا في سداه ، أو كانت كفالاتهم قد أبرمت بعقود

مسالية ، وإلا فإنه لن يكون بإمكان الدائن ، أصلا ، أن يرجع على أي منهم

إلا بقدر حصيه في الدين . فالمادة / ٧٩٢ مدني تقضي بأنه : " - إذا تعدد

الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ،

قسم الدين عليهم . ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه

في الكفالة ٢٠ - أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متواليه ، فإن

كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه

بحق التقسيم " وقارن ، في فرنسا ، نص المادة / ٢٠٢٥ مدني التي تجعل

على العكس - الأمل عند تعدد الكفلاء لمدين واحد ومن أجل دين واحد ،

أن يكون كل منهم ملزما بكل الدين . وإن خفف المشرع من وطأة هذا

الحكم ، بما قرره ، في المادة / ٢٠٢٦ لكل منهم - مالم يكن قد تنازل

عن هذا الحق - أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتقسيم الدين بينهم أولا

وفصر هذا الرجوع على نسبة نصيبه في الدين .

( ٨٨ ) هذا الفرض تادر الحدوث في الحقيقة ، ومع ذلك فقد طرح على القضاة الفرنسي

في معر الأحيان ، راجع مثلا :

cas 5/3/1975 Bul. civ. I.1 P. 84 No 96

حيث يتساوى وضعهما تماما (٨٩) ، وينعدم كل سبب لتفصيل أحدهما على الآخر (٩٠) . مادام أن الوجه الوحيد الذي ربما قد يخلعان فيه ، هو تاريخ نشأته ضمن كل منهما ، وهو اختلاف ، ليس في القواعد العامة للكفالة ما يشير إلى أن له أية أهمية في هذا الشأن (٩١) .

(٦٧) أما كيف بقسم الدين بينهما : فالمعنى يرى أن يكون دللياً فساداً عن عقار كل منهما إلى عقار الآخر . وأساسه ، ما يراه ، من أنه في الكفالة العينية ، " العقار هو الذي يلتزم " (٩٢) .

أما البعض الآخر ، فيرى - بشكل أكثر دقة - وجوب التفرقة ، في هذا الشأن ، بين ما إذا كانت قيمة العقارين المتقلين بالضمان ، مساوية لقيمة الدين أو أكبر منه ، حيث يكون التقسيم ، عندئذ ، بالتساوى بين الكفيلين ، أو كانت قيمة أحد العقارين أو كليهما أقل من قيمة الدين ، حيث يقسم ، عندئذ ، هذا الأخير ، فيما يعادل منه قيمة العقار الأقل ، مناصفة بينهما . أما الباقي فيتحمله الكفيل صاحب العقار الأكبر قيمة (٩٣)

(٨٩) في هذا المعنى : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠ ، كايو

ص / ١١٨ بند / ٨٩ .

(٩٠)(٩١) في هذا المعنى : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ بند / ٨٩

(٩٢) راجع في هذا الاتجاه : كايو ص / ١١٨ ، ١١٩ ، بند / ٨٩

(٩٣) راجع في هذا الاتجاه : ميستر ، المقال السابق ص / ٣٤ بند / ٦٠

## (ب) في فرض وجود كفيل شخصي مع الكفيل العيني

٦٨) وإطلاقاً من محور - سفاده ، أن الكفلاء الشخمين يكونون أولى بالمسئولية

عن الرباء ، بالدس السكول من محرد من يكفلونه كفالة عينية بمال من  
أسواق (٩٤)

١٥٠ - رأى في الفقه الفرنسي ، إلى بفيل الكفيل العيني - إلى

الكفيل الشخصي في هذا الفرس . بحيث أند ، إذا كان هذا الأخير هو الذي

سدد الدين ، فلا رجوع له على الأول . أما في الحالة العكسية ، فإن للكفيل

العيني أن يسترد من الكفيل الشخصي كل ما أوفاه (٩٥) .

٦٩) ومقرب من هذا الرأي - من حيث ما ينتهي إليه هو الآخر من عدم قسمة

الدس بين الكفيلين وإنما تحميله على أحدهما - ما نادى به البعض الآخر

من وجوب التعويل في الفرس محل البحث ، على تاريخ نشأة كل من التأمينين .

فإذا كان الرهن قد نشأ قبل الكفالة ، فإن للكفيل - وقد تعهد عندئذ معتمدا

على ما للدائن من تأمين عيني يمكنه بالوفاء أن يحل محله فيه - أن يرجع

بكل ما أوفاه على الراهن (الكفيل العيني) ، والعكس صحيح . أما إذا فرض

وكان كل من الرهن والكفالة قد نشأ في نفس التاريخ ، فإن الكفيل العيني

يفصل على الكفيل الشخصي ، لأنه " بالمنظور القانوني البحث ، وبالمناطق

العملية أيضا ، فإن الكفيل الذي يتعهد شخصيا ، يكون مسئولا عن الوفاء

---

(٩٤) وأنصار هذا التصور ، يصفون مسئولية الكفلاء الشخمين عن الوفاء

بالدين ، بالمقارنة لمسئولية الكفلاء العينيين عنه ، بأنها :  
Plus strictement

(٩٥) رأى منسوب ل تروبولونج ، عرضه كل من : كايو ص / ٩٧ وما بعده

سدد / ٨١ ، مبستر ص / ٣٠ بند / ٥٣

بالدين ، أولى ، أو إن جاز التعبير بشكل أكثر أساسية ، من مسئولية من يتعهد بزمانه تعهدا عينيا فقط ، وبسبب المال الذى رهنه فيه" (٩٦) .

٧٠) على أن هذين الرأيين بقاء مهجورين فى الحقيقة . وأجمع الفقه نقربا على

عدم وجود ثمة سبب لتفضيل أى من الكفيلين على الآخر (٩٧) . فمما

يتساويان فى المركز القانونى كمدينين ناعمين (٩٨) . ولذلك يتساويان فى

الحق فى الحلول . وهذا الأخير حين يثبت لمولى . فإنه لا عبرة بتاريخ نشأة الضمان الذى يتم فيه . (٩٩) وقد عبر المشرع نفسه عن هذه المساواة ، فى

فرض تعدد الكفلاء الشخصيين ، حين جعل للمولى منهم أن يرجع على

الآخرين دون ما أهمية لتواريخ تعهداتهم (١٠٠) . هذا إلى أن نموذج تعهد

كل كفيل فى علاقته بالدائن ، إنما يخصه فى الحقيقة وحده ، ولا يعنى

الكفلاء الآخرين . فإذا ما تعدد كفلاء ، تعهدوا بالضمان بطرائق مختلفة

---

(٩٦) رأى منسوب ل : بون و ماركاديه ، عرضه كايو ص / ١١٠ بند / ٨٥ .

(٩٧) راجع الفقه المشار إليه فى الهوامش التالية . كما يفهم هذا الاتجاه

ضمنا من كتابات الشراح المصريين ، أنظر مثلا : د . السنهورى ص / ٢١٠

بند / ٨١ ، د . محمد كامل مرسى ص / ١٣٤ بند / ١١٣ ، د . محمد

على امام ص / ١٦٦ بند / ٩٦ ، د . محمود جمال الدين ص / ١٤١ بند / ٧٠

(٩٨) فى هذا المعنى : ميستر ص / ٣٠ ، ٣١ بند / ٥٤

(٩٩) وتعبيرا عن هذا المعنى يقول البعض ، إن التواريخ الخاصة بالتعهدات -

وهى لاتغير فى شئ من وضع الكفلاء - يجب أن تظل بلا أثر . راجع ميستر

ص / ٣١ بند / ٥٤ .

(١٠٠) فى هذا المعنى : كايو ص / ١١١ ، ١١٢ بند / ٨٥ ، ميستر ص / ٣١

بند / ٥٤



"بأن الرجوع فيما بينهم ، ونحيب كل منهم ، في الدين ، لا يتوقف على  
مذهبهم ، عيبين أو تخمينين ، فليس ما يُوجب أي تدرج بينهم  
(١٠١)(١٠٢)

(٧١) لكن المساواة كما تبقى، بعد ذلك ، عن كيفية تحديد نسبه مايجب أن  
يحسب كل من هذين الكفيلين، المستاويين في المركز ، في الدين المكفول

(٧٢) وفي هذا الشأن ، قال البعض ، في البداية ، بتقسيم هذا الدين ، وفي كل  
الأحوال ، بالنسوة بينهما ، أي منصفه ، وذلك دون ما أهميه لقيمة المال  
المرهون بالمقارنة للدين المكفول ( وهلهي أكبر منه ، أو على الأقل مساوية  
له ، أو هي أقل منه )<sup>(١٠٣)</sup> ، لأن كلا من الكفيلين قد ضمن المدين فسي  
مواجهه الدائن تماما كما ضمنه الآخر " ومتى كان ذلك ، فإنه لا شيء يبرر  
أكثر . جعل مساهمتها في الدين غير متساوية ، من جعل مساهمة كفيلين

---

(١٠١) حروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى ، ميستر بند / ٥٢ وما بعده ،

SIMLER(ph) : j.cl.civ. art 2028-2033 Page D No 2033

Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65 et note  
DUNNEDIEU de VABRES .

(١٠٢) ويبرر البعض ، في مصر ، رجوع أي من الكفيلين ، أوفى ، على الآخر ، بنسبة  
تعيبه في الدين ، بأن " كلا منهما قد اعتمد في كفالاته للمدين على وجود  
الآخر " راجع د . محمود جمال الدين ذكي ص / ١٤١ بند / ٧٠

(١٠٣) في هذا المعنى : كولان وكابيتان ودي لاموراندي ، المرجع السابق

س / ٨٢٦ بند / ٩٨٧ ، وانظر أيضا استئناف تولوز في ١٩١١/١٢/٢٧

سابق الإشارة وتعليق دونيدييه دي فابرس .

شخصيين ، شروتهما غير منساوبة ، بشكل غير منساوى أيضا " (١٠٤)

وطبيعى أن يكون مثل هذا التصور عرصة للبعد • فهو يقوم على فساد  
مع الفارق • إذ الكفيل السحصى بضمن الدين ، يدينه المالك • بينما  
يقصد الكفيل العينى - على العكس - ألا يكون مسئولاً إلا بن حدود المال الذى  
، منه فيه • ويظهر هذا الفارق بشكل واضح ، فى حالة الوفاء الجردسى  
فالكفيل الشخصى ، حين يسدد جزءاً من الدين ، يظل مسئولاً ، عن الباقى  
فى أمواله المستقبلية ، فيما تنقضى الكفالة العينية ، نهائياً ، ومن ثم  
تبرأ ذمة الكفيل • بالتفويض على المال المرهون ، بحرف النظر عما إذا  
كانت حميلة بيعه قد غطت ، أم لم تغط ، كلية الدين . (١٠٥)

(٧٣) لذلك يتجه رأى السائد فى الفقه ، إلى قصر القسمة بالتساوى بين  
الكفيلين ، على الفرض الذى تكون فيه قيمة المال المرهون أكبر من الدين  
أو على الأقل مساوية له • إذ نكون مسئولية الكفيل العينى ، عندئذ ،  
بمقدار مسئولية الكفيل الشخصى (١٠٦) .

" Ces fonds répondent tous également de la (١٠٤)  
dette principale à l'égard du créancier, et  
dès lors il n'y a pas plus de raison pour les  
faire contribuer inégalement entre eux du  
paiement de cette dette, qu' il n'y en aurait  
de faire contribuer inégalement au paiement de  
la dette cautionnée deux cautions personnelles  
de fortune inégale " .

بونسو ، أشار إليهما ص / ١٠٩ بند / ٨٥ ، كما أشار إليهما ستر

ص / ٣١ بند / ٥٥

(١٠٥) فى هذا المعنى : كايو ص / ١٠٩ ، ١١٠ بند / ٨٥

(١٠٦) د • السنهورى ص / ٢١٠ بند / ٨١

أما إذا خاضت سمته أقل من قيمة الدين ، فإن حمض الكفيل العيني  
 يحسم . ان يحسم بسند هذه القيمة إلى قيمة الدين (١٠٧) مثال ذلك : أن يكون  
 الدين المدفوع ١٢٠ ألف جنيه . والمال المرهون ضاماً له من فسل  
 الكفيل العيني بمقد ٦٠ ألف . عندئذ تكون قيمة المال المرهون بصف  
 بسند الدين . وبالمال لا يتحمل الكفيل العيني إلا نصف ما يتحمله الكفيل  
 المحسم . فيكون على الأول ٤٠ ألف ، وعلى الثاني ٨٠ ألف جنيه .

(٧٦) وقد ظهر ، مؤخراً ، رأى في الفقه ، نميل إليه ، يذهب إلى وجوب  
 التسوية بين الكفيلين ومن ثم التوزيع بينهما منصفة ، فيما يعادل سن  
 الدين بسند المال المرهون ، أما ما يتبقى منه فيتحمله الكفيل الشخصي  
 وحده . (١٠٨) فعلى المثال السابق ، يوزع من الدين ٦٠ ألف جنبه منصفة  
 على كل من الكفيلين ، ليتحمل الكفيل الشخصي وحده الباقي من الدين  
 وهو ٦٠ ألف . فتكون النتيجة النهائية : ٣٠ ألف يتحملها الكفيل  
 العيني ، ٩٠ ألف يتحملها الكفيل الشخصي .

(٧٥) جداً ويرى .. في هذا الموضع ، بعض أنصار الاقتراب بين كل من نوعي الكفالة  
 ، حينئذ عندما يتحمل الكفيل العيني حصة من الدين أقل من حصة الكفيل

---

(١٠٧) في هذا المعنى : كابو ص / ١١٢ بند ٨٥ ، والفقه العديد المشار إليه في  
 مبسر ص / ٣١ بند ٥٥ هامش / ١٣٦ ، وفي مصر : د . السنهوري  
 ص / ٢١٠ بند ٨١ ، د . محمد كامل مرسى ، ص / ١٣٤ بند ١١٣ ،  
 د . محمود جمال الدين زكي ص / ١٤١ بند ٧٠ ، د . محمد لبيب  
 - د . دروس في الأنظمة العينية والشخصية ١٩٧٣ ص / ٣٧٢ بند ٣١٦  
 (١٠٨) في هذا المعنى : ميستر ص / ٣٢ بند ٥٦

الشخصي لأن قيمة المال المرهون كانت أقل من قيمة الدين ، لا يكون هناك من فارق بين نوعي الكفالة ، لأن الكفالة العينية - في مثل هذا الفرض - تتحلل ، في العلاقة بين الضامنين ، ككفالة جزئية - وتظل طبيعتها بلا أهمية . ولذلك لتحديد نسبة مساهمة الكفيل العيني في هذه الحالة طبقا لنفس القواعد التي تحدد نسبة مساهمة الكفيل الجزئي ، حينئذ يتعدد الكفلاء الشخصيون ، ويكون بينهم كفيل جزئي فقط .<sup>(١٠٩)</sup>

---

(١٠٩) في هذا المعنى : جروا بند / ٣٥ ، وفي نفس المعنى تقريبا مورلسون حيث يقول ، أن العقار في هذه الحالة سوف يعتبر كفيل لم يضمن إلا حصة من الدين ، أشار اليه كايو ص / ١٠٨ بند / ٨٥

## الفصل الثاني

### أحكام الكفالة العينية

من خلال النظرة المزدوجة ، المتزامنة ، والمقربة ، لأحكام كل من  
الرهن والكفالة معا

تمهيد : تنوع العلاقات التي توجد بها الكفالة العينية ، بين أحكام الرهن  
وأحكام الكفالة ، تقسيم .

(٧٦) ذكرنا أسلاكيفى ، لاستجلاء كل خصوصيات أحكام الكفالة العينية مجرد  
النظر إليها من خلال أحكام كل من الكفالة والرهن على استقـلال،  
وإنما بنعـين أيضا - انطلاقا من حقيقة اجتماع كل من جهتي  
الكفالة والرهن فيها ، مواجهتها من خلال نظرة مزدوجة ،  
متزامنة ، ومقربة ، لأحكام كل من هذين النظامين .

وسوف يبين من هذه النظرة ، أن الكفالة العينية تُوجد بين  
أحكام الرهن والكفالة ، نوعين من العلاقات : علاقات توافق  
ومن ثم إمكان تكامل ، من ناحية ، وعلاقات تعارض ، يستوجب  
الترجيح ، من ناحية أخرى .

ونخصى لكل من نوعي العلاقات هذين ، مبحثا مستقلا :

## المبحث الأول

### علاقات التوافق والتكامل

المقصود بهذه العلاقات ، ومدلول التكامل .

(٧٧) يختلف - بدهاءة - التنظيم القانوني للكفالة ، كتأمين سحى ، من المصطفى القانونى للرهن ، كتأمين عىنى ، لكن ذلك لا يجمع من إىكان أن يكامل على رأس الكفالة العىنية ، جانب من أحكام هذين التنظيمين . يطبق - من ثم - عليها من أحكام الكفالة الشخصية كل ما لا يتعارض مع فكموره الرهن ، فى نفس الوقت الذى يطبق عليها فيه من أحكام الرهن سدوره كل ما لا يتعارض وفكرة الكفالة الشخصية . مادامت هذه الأحكام ولسك يمكن جمعها ، أو بتعبير أدق ، تكاملها ، دون تناحر أو تعارض بينها . ولس فى ذلك - حقيقة - إلا إعمالا لأرادة المتعاقدين الضمنية . فهما ، باختيارهما هذا النوع المركب من التأمينات ، يكونان فى الواقع قد قصدا إلى هذه النتيجة <sup>(١)</sup> .  
مظاهره (أمثلة) :

( ١ ) الكفيل العىنى ، وه للكفيل الشخصى من حق الرجوع على المدين بدوى الحلول (إحالة)

(٧٨) فالكفيل العىنى ، إذا ما أوفى الدين ، أو نفذ به على عاؤه المرهون ، يكون له نفس حق الكفيل الشخصى ، الموفى ، فى الحلول ، المقرر

(١) أو كما عبر البعض

"puisque les deux parties ont entendu jouer sur le double registre de l'hypothèque ou du gage et du cautionnement" . GRUA No. 39

٢٠٠١ واحد السادسة / ٧٩٩ مدني بحري ، إذ لا شيء في فكرة الرهن يتعارض  
(٣) وبهذا الحق ، وقد سبق بيان ذلك بمبرراته .

( ب ) الكفاية المأقمة من التاجر في فترة الرتبة ، تعتبر ، كالكفاية ،  
من قبيل أعمال التبرعات .

(٧٩) كذلك ، فإن من المسلم به ، أن الكفاية العينية التي يقدمها التاجر في  
عهد السنة ، إنما تقع ، تحت طائل الفقرة الأولى من المادة /  
٢٢٧ من قانون التجارة المصري . (٤) بحسبانها من قبيل أعمال التبرعات  
بمعنى هذه المادة . ومن ثم فإنها تكون باطلة بطلاناً

(٢) هذا الحق الذي يمكن أن يجد سنده أيضاً في القواعد العامة ، م / ٣٢٦ مدني  
وفي نفس المعنى نص المادة / ١٢٥١ - ٣ مدني فرنسي ؛

(٣) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وانظر من تطبيقات القضاء الفرنسي  
لذلك :  
cass 23/11/1954 Bul. civ. I.1 P. 559 No 551

(٤) وهي تفضي بأنه :  
" إذا حصل من المدين ، بعد الوقت الذي عينته المحكمة أنه وقت وقوفه  
عن دفع الديون ، أو في ظرف الأيام العشرة التي قبله ، عقد تبرع ، بنقل  
ملكية منقول أو عقار ، أو إذا وفي ديناً لم يحل أجله بنقود أو بحوالة  
أو سبيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك ، فيكون  
جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغياً لا يعتد به بالنسبة لروكية المدانين  
وكذلك كل دين حل ميعاده ودفعه بغير نقود ولا أوراق تجارية " ويقابلها  
في فرنسا نص المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يوليه ١٩٦٧ .

وجوبيا<sup>(٥)</sup> ، حين أن "إنشاء التأمينات العينية هو، بمقتضى عامة ، مسن  
قبيل أعمال المعاوزات<sup>(٦)</sup> .

على أن يلاحظ ، في هذا الشأن ، أن الذي يبطل ، وجوبا ، هنا ، إنما  
هو الكفالة العينية ، بمعنى الرهن الذي قدمه التاجر نفسه ، في فئرة  
الريبة ، على مال من أمواله هو<sup>(٧)</sup> ، ضمانا لدين علي غيره . أما الكفالة  
العينية التي يقدمها أحد الأغيار ، برهن مال من أمواله . ضمانا لدين  
على التاجر ، الذي أفلس فيما بعد ، فإنها تخرج من إطار المادة / ٢٢٧  
سابقة الإشارة ، ولاتتناولها ، بالدات الفقرة الثانية منها<sup>(٨)</sup> . ومن تم  
فإنها لاتكون باطلة<sup>(٩)</sup> . حتى ولو تكاثت قد قدمت في فئرة الريبة ففى  
هذا التاجر أو في الأيام العشرة السابقة عليها . وحتى أيضا ولو كان  
الدين ، الذى قدمت ضمانا له ، سابقا على تقديمها ، وذلك لأن محم وع  
دائى التاجر المفلس لن يصيبه ضرر منها . فالرهن ، بالفرض ، لم يفسح

(٥) راجع في هذا المعنى ، د . على البارودى ، القانون التجارى ١٩٧٥ ص / ٥٨٨  
بند / ٤٢٦ ، د . مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الأوراق التجارية  
والإفلاس ١٩٨٥ ، ص / ٤١٥ بند / ٤٦٧ ، وضمانا د . محسن شفيق ، الوجيز  
فى القانون التجارى ٦٨ - ١٩٦٩ ص / ٥١٩ بند / ٦٤١ ، د . محمد على صالح  
شرح القانون التجارى ، الإفلاس ج / ٤ ط / ٥ ١٩٤٣ ص / ٢٣ بند / ٦٨ ،  
وفى فرنسا : جروا بند / ٤٠ ، وهو يؤكد (فى هامش / ٥٥) أن القضاء  
الفرنسى يعتبر الكفالة ، من حيث المبدأ ككل أعمال التبرعات فى حكم  
المادة / ٢٩ من قانون ١٣ يولية ١٩٦٧ .

(٦) جروا بند / ٤١  
(٧) راجع ، من تطبيقات القضاء المصرى ، لبطلان الرهن الذى يرتبه المدين فى  
فترة الريبة : نقض ٧١ / ٦ / ٢٤ المجموعة السنة ٢٢ ص / ٨٣٤ رقم / ١٣٦ ،  
(٨) وهى تقضى بأنه " ويكون أيضا لاغيا ولا يعتد به ، كل رهن عقار من عقارات  
المدين أو منقول من منقولاته ٠٠٠٠ إذا حصل ذلك فى الموعيد المذكورة  
أنفا لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد "  
(٩) راجع فى هذا المعنى : د . البارودى ، المرجع السابق ص / ٥٩١ هامش ٣ /  
وكذلك الفقه المشار إليه فى الهوامش التالية .



على شيء من مال مدينهم (التاجر) ، ولن يترتب عليها أن يُفصل الدائن  
 المكفول ، على أحدهم ، في الاستيلاء على ثمن شيء من مال هذا المدين (١٠)  
 " نعم إن الكفيل العيني له أن يرجع على المدين بقيمة ما ضاع من ثمن عقاره  
 أو منقوله في وفاة دين هذا الأخير ، ولكنه إنما يرجع كدائن عادي ، يشترك  
 مع بقية الدائنين في قسمة الغرماء بدلا من الدائن الأصلي ، وسيان عند  
 التفليس أن يكون الذي يحقق دينه فيها هو الدائن الأصلي أو الكفيل  
 العيني (١١) "

( ج ) في الشركات ، لا تدخل الكفالة العينية ضمن الأعمال التي تعتبر  
 من قبيل الاختصاص العادي لأجهزة الإدارة .

٨٠ كذلك فإنه في الشركات - وعلى الرغم من أن إنشاء التأمينات العينية  
 يعتبر من قبيل الأعمال التي تدخل ضمن الاختصاص العادي لأجهزة الإدارة -  
 فإن الكفالة العينية ، كالكفالة الشخصية ، لا تدخل في هذا النوع من  
 الاختصاص ، وتخضع لما تخضع له هذه الأخيرة من القيود في هذا الشأن (١٢) .

(١٠) في هذا المعنى : د . محسن شفيق ص / ٥٢٨ بند / ٦٥٣ ، د . على الزيني  
 أصول القانون التجاري ج / ٣ ( الافلاس ) ص ٣٩٧ / ٣٩٨ بند / ٣٢٧ ،  
 وضمنا : نقض ١٩٧١/٦/٢٤ سابق الإشارة

(١١) د . على الزيني ص / ٣٩٨ بند / ٣٢٧  
 (١٢) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وضمنا نقض مصرى ١٩٨٠/١/١٥ المجموعة  
 السنة ٣٢ (ع / ١) ص / ١٧١ رقم / ٣٧ ( وإذا كانت المحكمة ، في هذا  
 الحكم ، قد اعتبرت الكفالة من قبيل أعمال الإدارة التي تدخل من ثم  
 في سلطة مدبر الشركة ، فلأن هذا الأخير لم يكن ، بها ، قد التزم ككفيل  
 متضامن في مال الشركة ، وإنما انصب التزامه على الوفاء بدين في ذمة  
 أحد الشركاء مما يستحق قبل الشركة من أرباح ، دون أن يمس هذا  
 الالتزام مال الشركة المستقل ، مما لا يعتبر تبرعا بل عملا  
 من أعمال الإدارة ، شأنه شأن أداء حصة كل شريك في الأرباح ) .

( د ) الكفالة العينية الواردة على مال من الأموال المشتركة بين الزوجين ،  
في القانون الفرنسي ، تخضع ، كالتأمينات العينية ، لقيد اتفاقهما  
المشترك .

- ( ٨١ ) وبالمقابلة ، فإنه فيما يتعلق بنظام الاشتراك القانوني في الأموال بين  
الزوجين (١٣) في القانون الفرنسي ، إذا كان القضاء هناك يصرح بالكفالة  
الشخصية من النطاق الذي تلزم فيه الإدارة المشتركة ، بحسبانها ( أي هذه  
الكفالة ) ، في نظره ، ليست من قبيل أعمال التبرعات بالمعنى  
المقصود في المادة / ١٤٢٢ مدني ، وهو ما يعني أن توسع الروح أن  
يقدمها بمفرده (١٥) ( أي دون حاجة لموافقته زوجته ) فإن اتفاق الزوجين ،  
تماما كما تشترطه المادة / ١٤٢٤ فيما يتعلق بإنشاء أي تأسيس ، يسمى  
على أموالهما المشتركة (١٦) - يظل ، على العكس ، أمرا ضروريا من أجل  
تقديم كفالة عينية على مال من هذه الأموال . (١٧)

---

( ١٣ ) la communauté légale

- ( ١٤ ) وهي تقضى بأنه :  
" le mari ne peut..... disposer entre vifs,  
à titre gratuit, de biens de la communauté,  
sans le consentement de la femme "
- ( ١٥ ) في هذا الاتجاه : نقض فرنسي ١٩٧٣/١١/٢١ ، ١٩٧٨/٧/١١ أشار إليهما  
جروا بند / ٤١ هامش / ٥٦ .
- ( ١٦ ) وهي تقضى بأنه :  
" le mari ne peut, sans le consentement de la  
femme, ..... ou grever de droits réels les...  
et ..... dépendant de la communauté "
- ( ١٧ ) في هذا المعنى : جروا بند / ٤١ ، وراجع كابو ص / ٤٦ بند / ٢٥ حيث يرى  
أن المرأة المتزوجة بنظام انفصال الأموال لا تستطيع أن تنشيء كفالة  
عينية دون إذن من زوجها أو من القضاء .

( ٥ ) بطلان عقد الكفالة العينية ، ككفالة ، يستتبع بطلانه كرهن والعكس . ( الكفالة العينية الباطلة لا تتحول إلى مجرد كفالة أو تأمين عيني ) .

(٨٢) وبسفي في هذا الموضع وجوب الإشارة إلى أن وجود كل من جهتي الكفالة والرهن ، في الكفالة العينية ، يُوجد على رأس هذه الأخيرة نوعاً من الارتباط بين هذين النظامين يصل ، في نظر البعض ، إلى درجة عدم القابلية للإنقسام ، حيث لا يوجد كل منهما ، على حد تعبيره ، إلا بواسطة الآخر (١٨) . وهو ما يستتبع القول بأن العقد بين الدائن والكفيل العيني

إذا ما كان باطلا لأي سبب ، ككفالة ، فإنه سيكون باطلاً أيضاً كرهن ، والعكس بالعكس " فالكفالة العينية لا تتحول ، على الإطلاق إلى مجرد كفالة ( شخصية ) أو مجرد تأمين عيني . إنها لا تكون كذلك ( أي كفالة عينية ) إلا إذا كانت الإثنيين معا . إن قانون كل منهما يمكن أن يضاف إلى قانون الآخر ، لكن المجموع يكون باطلاً إذا كان أحد مفرداته باطلاً (١٩) .

(٨٣) وهكذا فإنه لا يمكن أن تطبق على عقد الكفالة العينية الباطل ، فكرة ، أو نظرية ، تحول العقد ، المنصوص عليها بالمادة / ١٤٤ مدني مصري ؛ لأن أحد الشروط الجوهرية للقول بتحول الكفالة العينية الباطلة إلى مجرد رهن صحيح أو كفالة شخصية صحيحة ، هو - طبقاً لهذا النص - أن يتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

---

(١٨)، (١٩) جروا بند / ٤٢

والموعد أن نية الكفيل العيني بالذات لم تكن لتتصرف إلى مجرد هذا العقد أو ذاك . فالكفيل العيني ليس مدينا رهننا ، وإنما هو كفيل رهننا ، يعرف - حين ضمن دين الدين - أن مسئوليته عن هذا الدين هي مجرد مسئولية تبعية . وهو في نفس الوقت لم يقصد أن يتعسدي مسئوليته هذه ، بهذه الكفالة ، سيسة المال الذي رهنه .

لذلك نعتقد بأن محكمة استئناف باريس ، لم يكن قد حال فيها الموقوف في حكمها الصادر في ١٩٧٩/١٠/٢٩ ، حين رأت إمكان تحول الكفالة العينية الباطلة ، لبطالان جهة الرهن فيها ، إلى كفالة شخصية محدده ، لا يكون الكفيل فيها مسئولاً إلا في حدود قيمة العقار المرهون رهنه . باطلاً (٢٠) .

---

(٢٠) حكم غير منشور ، أشار اليه جروا هامش / ٥٧ وكان الأمر في هذه الدعوى يتعلق بشركة ، أبرمت عقد كفالة رهنه على عقار ، حين كان الرهن باطلا لانعدام عنصر الرسمية فيه . نرأت المحكمة " أن الضمان كان قد أعطى بموجب تعهد من الكفيل بشكل - في بيسة الطرفين - جزءاً لا يتجزأ من هذا الضمان " واستخلصت من ذلك أن " الشركة تكون مسئولة بصفتها كفيلة . فقط بسبب أن الطرفين قد حددا باتفاقهما حدود الضمان الممنوح للدائن ، فإن هذا الاتفاق لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا على العقار المقدم كضمان " .

راجع في نقد هذا الحكم ، تأسيساً على أنه إذا كان من الصحيح أن الكفالة تشكل جزءاً لا يتجزأ من الرهن الرسمي في هذا الغرض ، إلا أن هذا الأخير كان يشكل بدوره جزءاً لا يتجزأ من الكفالة . جروا الموضوع سابق الإشارة .

## المبحث الثاني

### علاقات التعارض ، ووجوب الترجيح

(٨٤) إذا كان البعض من أحكام الرهن وأحكام الكفالة يمكن أن يتكامل على رأس الكفالة العينية ، على النحو الذى بيناه ، فإن البعض الآخر منها ، على العكس ، يقع التعارض فيه ، بشكل لا يسمح بالجمع بينه ، وإنما على العكس يستوجب الترجيح .

ونعرض فيما يلى لبعض أمثلة من هذه التعارضات ، ثم لموجبات ترجيح جهة الرهن بأحكامه ، على جهة الكفالة بأحكامها ، فى كفالتنا موضوع البحث .

أولا : أمثلة لبعض التعارضات :

( ١ ) الكفالة العينية والدفع أتى يمكن أن يواجه بها الدائن (الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم) .

(٨٥) بينما تجعل المادة / ٢٠٢١ مدنى فرنسى <sup>(١)</sup> ، فى باب الكفالة ، للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه ، بتجريد المدين أولا من أمواله ، تحظر - على العكس - المادة / ٢١٧١ ، فى باب الرهن ، التمسك بهذا الدفع ضد الدائن الذى له على العقار رهن خاص <sup>(٢)</sup> ، فيثور التساؤل عن الوضع بالنسبة للكفالة العينية ، وما إذا كان للكفيل الراهن ، ككفيل ، أن

(١) وهى تقضى بأن : " الكفيل لا يكون مسئولاً بالوفاء للدائن ، إلا إذا لم يف له المدين الذى يتعين أن يُجَرَّدَ أولا من أمواله "

(٢) فهى تقضى بأن " الدفع بالتجريد لا يجوز التمسك به ضد الدائن المتمسك أو الدائن الذى له على العقار رهن خاص " .

يتمسك بمثل هذا الدفع ، أم أنه يحظر عليه ، كراهن . أن يدفع به في سوا جهد  
الدائن المرتتهن (٣) .

وهذا التساؤل لا يثور في مصر ، رغم أن المادة / ٧٨٨ مدني نقضت .  
بدورها ، بعدم جواز الرجوع على الكفيل إلا بعد تجريد السدس (٥١٤) .

فالأمر محسوم بشأنه ، إذ تحظر المادة / ١٠٥٠ من أحد . على الكفيل  
اليعني التمسك بمثل هذا الدفع . عين تفصي بأنه : " إذا كان الراهن سحدا  
غير المدين ، فلا يجوز ..... ولا يكون له حق الدفع سحريدا المدين "  
(٨٦) كذلك يتعارض ، في فرنسا أيضا ، تعارضا واضحا ، ما تقرره المادة /  
٢٠٢٦ مدني ، في باب الكفالة / للكفيل ، من الحق في طلب النقصم

---

(٣) راجع ، في الاتجاه المجمع عليه ، بعدم جواز تسك الكفيل العيني بهذا  
الدفع : كايو ص / ٧٧ وما بعدها بند / ٦٢ ، جروا بند / ٤٣ والفقه  
والقضاء ، المشار اليهما فيه في هامشي ٦٠/٥٩ ، وفي مصر ، دكسور  
شمس الدين الوكيل ص / ١٨٧ بند / ٧٧ ، د محمد علي امام  
ص / ٩٩ بند / ٦١ ، د محمود جمال الدين ذكي ص / ١١٣ بند / ٥٨ ،  
د سمير تناغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ .

(٤) راجع من تطبيقات المصري للدفع بالتجريد ( في الكفالة الشخصية ) نننن  
١٩٧٩/١٢/٦ المجموعه السنه ٣٠ (٣/ع) ص / ١٧١ رقم ٣٧٢ .

(٥) وبينهما أن نص المادة / ٧٨٨ مدني مصري صريح في عدم جواز رجوع الدائن  
على الكفيل أولا قبل الرجوع على المدين ، فإن البعض في الفقه الفرنسي يرى أنه  
عند حلول أجل الدين ، لا يكون الدائن ملتزما بأن يرجع على المدين أولا ،  
ولا حتى بأن يعذره ، وإنما له الحق في أن يرجع مباشرة على الكفيل ، إنما  
يسمح القانون لهذا الأخير أن يوقف متابعة الدائن له ، بالدفع في مواجهه  
بالتجريد . راجع : كولان وكابيتان ودي لامورانديير ، المرجع السابق ص /  
٨١٩ ، ٨٢٠ بند / ٩٧٩ ، والأحكام المشار اليها في نفس الموضوع ، وانظر  
أيضا في نفس المعنى : جوسران ، المرجع السابق ص / ٨٠٨ سد / ١٤٨٦ .

بعدما يستبعد الكفالة ، لمضى الدرس (٦١) مع أحد المبادئ الأساسية للمسلم بها . في مجال الرهن ، وهو مبدأ عدم جزئته الرهن (٨١)(٧) .

(ب) الكفالة العينية وحدود الضمان (مادة ٢١٠٤) الدين المضمون ، والمصرفيات ) .

١٨٧ ريمسا ، في باب الكفالة ، بنى المشرع ، في كل من مصر وفرنسا بمراد . على أن هذه الأخيرة تشمل " ملحقات الدين ، ومصرفيات المطالبة الأولى . وما يسجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل " (٩) ، فإن هــذه الملحقات والمصرفيات لا يمكن - في كل من القانونين المصري والفرنسي - أن تكون مضمونة بالرهن الرسمي ، لسبب بسيط ، أنها لا تكون - على إبرام العقد - قابلة للتحديد ، حين أن من المسلم به ، أن الرهن الرسمي لا يكون صحيحا ، إلا إذا كان الدين المضمون به مضمنا ، أي محسندا

(٦) وقد اشرنا في موضع سابق ، إلى أن مثل هذا الدفع لا يثور في مصر - راجع سابقا بند ٦٦ / م / ٨٩ ، وراجع في الدفع بالتقسيم : كولان - وكابيتان ودي لامورانديير ص / ٨٢٠ وما بعدها بند / ٩٨٠ ، وفي مثال له : ديبوي ورئيسير المرجع السابق ص / ١٨٢ .

(٧) راجع في هذا المبدأ : كولان وكابيتان ودي لامورانديير ص / ٩٧٢ وما بعدها بند / ١١٩٢ ، وفي مصر : د . محمود جمال الدين ذكي ص / ١٦٤ وما بعدها بند / ٨٤ .

وقد ورد النص على هذا المبدأ ، صراحة ، في المادة ١٠٤١ مدنى مصرى حين قننت بأن ، كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها .

(٨) راجع في معنى عدم إمكان تمسك الكفيل العيني بهذا الدفع : كابوي ص / ٧٩ وما بعدها بند / ٦٣ .

(٩) م / ٢٨١ مدنى مصرى ، ويقابلها في فرنسا نص المادة / ٢٠١٦ مدنى

فإذا ما كان ذلك ، بات التساؤل<sup>١</sup> واردا أيضا عن الحكم في الكفالة العينية ، وما إذا كان هذا النوع من التأمينات بمنذ أو لا بمنذ ، ليشمل هذه الملحقات والمصروفات (١١) .

( ح ) الكفالة العينية ووسيلة تفادي سقوط الأجل بسبب ضعف التأمينات .

(٨٨) وفي فرنسا ، يتعين على المدين ، حتى يتفادي سقوط الأجل بسبب تسروره الكفيل معسرا أن يقدم للدائن ، بمقتضى المادة / ٢٠٢٠ - ١ مدني (١٢) ، الواردة في باب الكفالة ، كفيلة جديدة . بينما يجب عليه ، في سبب الرهن ، إذا هلك العقار المرهون أو ضعف ضمانه ، أن يقدم للدائن ،

(١٠) وقد ورد النص على شرط تخفيض الرهن ، من حيث الدين السهمون . نرى المادة / ٢١٣٢ مدني فرنسي ، التي تنقضي بأن " الرهن الرسمي ، الانساني لا يكون صحيحا ، إلا إذا كان المبلغ الذي من أجله أُرْم ، موء كذا ومحدد في العقد " راجع في شرح هذا النص : كولانوكا بيتان ودي لامورانديبير ص / ١٠٣٧ وما بعدها بند / ١٢٧٢ ، جوسران ص / ٩٠٤ بند / ١٦٨٤ ، مازو ( ه . ل . ج ) وشاباس ص / ٢٨١ وما بعدها البنود ٢٧٤ - ٢٧٥

أما في مصر ، فلم ينص المشرع على هذا الشرط إلا في المادة ١٠٤٠ بمدد الالتزامات المستقبلية<sup>٢</sup> والاحتمالية . وعلى ذلك ، فإن من المسلم به لدينا ، أن تخفيض الدين المضمون ، في عقد الرهن ، هو مبدأ عام ، يجب تطبيقه في كل الحالات ، وإلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . راجع في هذا المعنى : د . محمود جمال الدين ذكي ص / ٢٢٤ بند / ١١٧ والفقه المشار إليه فيه هامش / ١٠

(١١) وانطلاقا من وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة في الكفالة العينية بمدد هذه المسألة ، يرى كايو ( ص ٣٦ بند / ٢٦ ) أن الكفالة العينية لا تمتد لهذه الملحقات والمصروفات .

(١٢) وهي تقضى بأنه " حينما يكون الكفيل الذي قدم للدائن " اتفاقا أو فحوا ، قد أصبح بعد ذلك معسرا ، فإنه يجب أن يقدم له غيره " .



المساوئ - إذا ما كان الأمر يتعلق بكفالة عينية ، وكان العقار الذى قدمه الكفيل العيني فهدا قد هلك بفعل قوة قاهرة - عما إذا كان يتعين على المدعى الأملى ، حينئذى ، سدادى سقوط الأجل ، أن يقدم كفيلًا جديدًا - تغليبًا لجهد الكفالة فى هذا النوع من التأمين ، أم يتعين إنشاء رهن جديد تغليبًا لجهد الرهن فيه . (١٤) (١٥) .

### ( ٤ ) - التمسك بالثبوتية برهن عقارى ، وحوالة الحق المكفول .

( ٨٩ ) من المبادئ المسلم بها فى حواله الحق ، أن الذى ينتقل بها إلى الدائن الجديد ، هو ذات الحق الذى كان للدائن القديم ( المحيل ) ، بنفس أو مساعد وسواعد و ضماناته ودفعه .

وسيطبق هذا المبدأ ، إلى جانب ما تجيزه فى فرنسا المادة / ٢٠٣٦ - ١ مدنى للكفيل ، من المسك فى مواجهة الدائن ، بجميع دفع المدين الأملى المرتبطة بالدين ، يكون له ( أى للكفيل ) أن يتمسك بهذه الدفع فى مواجهة الدائن الجديد ( المحال له ) . فيما لا يجيز ، بالمقابلته - فاسون ١٥ يوليه ١٩٧٦ الفرنسى ، الذى ينظم حواله الحقوق المضمونة

( ١٣ ) وهى تقضى بأنه " . . فى حالة ما إذا هلك العقار أو العقارات المثلثة -

بالرهن ، أو ضعف ، بحيث أصبح غير كاف لتأمين الدائن ، فإن بإمكان هذا الأخير إما أن يطالب بحقه فوراً ، أو أن يحصل على رهن مكمل .

( ١٤ ) وهذه المشكلة لا تتور ، فى مصر ، لأن المادة / ١٠٤٨ - ٢ ، فى باب الرهن تعطى

للمدين ، إذا لم يختر الوفاء بالدين فوراً ، أن يقدم تأميناً كافياً " كما

يجعل المادة / ٢٧٣ لكل مدين ، إذا كان ضعف التأمين يرجع إلى سبب

لادخل لإرادته فيه ، أن يتفادى سقوط الأجل بأن يقدم للدائن " ضماناً

كافياً " ولغة التأمين الكافى أو الضمان الكافى ، هى من العمومية

بحيث تستوعب صورتى التأمين ( أو الضمان ) بكفالة أو التأمين

( أو الضمان ) برهن . ( ١٥ ) ورأى كايو ، ليس واضحاً فى الحقيقة فى هذا التعارض . فهو يقول أن من حق

الدائن المرتهن عندئذ أن يقتضى " تأميناً جديداً " ( ص / ٣٩ بند ٢٨ )

وفى موضع آخر يجعل للدائن الحقيقين معاً : إما كفيل طبقاً للمادة / ٢٠٢٠ أو رهن آخر طبقاً للمادة / ٢١٣١ ( ص / ٦٤ بند ٥٢ ) .

برهون عقارية<sup>(١٦)</sup> ، للمدين ، الاحتجاج على المُحال له الحق ، بالدفع  
المستدة من العلاقات الشخصية النسي كانت تربطه  
بالدائنين السابقين .

لذلك ، يمكن أن يثور التساؤل في فرنسا ، عن وضع الكفيل العيني  
برهن عقارى ، إذا ما أحال الدائن حقه المكفول إلى دائن آخر . وسا إذا كان  
يمكنه ، ككفيل ، أن يتمسك بالدفع التي كان بإمكان المدين أن يتمسك  
بها أم سيكون ذلك ممتنعا عليه بحفته راهنا ؟  
( ه ) الكفالة العينية برهن عقارى ، ونظرة الميسرة .

(٩٠) وطبقا للمادة / ٣٤٦-٢ مدنى مصرى ، والفقرة الثانية التي أدخلها  
المشرع الفرنسى على المادة / ١٢٤٤ من المرسوم عدد ١٠٢٠٠ لسنة ١٩٦٥  
١٩٦٦<sup>(١٧)</sup> ، يجوز أن يمنح القاضى للمدين ، بناء على طلبه ، أجلا قداميا  
لتنفيذ التزامه ، فيما يسمى في اصطلاح بنظرة الميسرة .

ورغم أن هذه الميزة مقررة صراحة ، في كل من القانونين المصرى والفرنسى  
للمدين ، إلا أن الفقه الفرنسى يسلم بأن بإمكان الكفيل الشخصى أن يفيد  
منها<sup>(١٨)</sup> ، رغم أنه لا يعتبر مدينا بالمعنى الدقيق للكلمة<sup>(١٩)</sup> .

(١٦) les créances hypothécaires

(١٧) راجع في القيود التي ترد على منح هذه المهلة في القانون الفرنسى ، وشروط

منها بوجه عام  
RIPERT : le droit de ne pas payer ses dettes.  
D-H 1936-chr- P. 57 et s.

كولان وكابيتان ودى لامورانديير بند ، ٤٠٨ ، وموفنا : الأحكام  
العامة للالتزام ط / ٨٤ - ١٩٨٥ ص / ١٨١ هامش / ٣

(١٨) راجع مثلا : جروا بند / ٤٣  
SIMIER(ph): j.c.l.civ.art 2021-2027 fasc C N° 4

والقضاء المشار إليه فيه

(١٩) جروا بند / ٤٣

بيد أن استعمال مثل هذه الميزة ، لا يتفق - في الواقع - والقواعد الاجرائية  
التي يعرفها قانون المرافعات في شأن التنفيذ على العقارات المرهونة .<sup>(٢٠)</sup> ومن  
هذا يكون الردد واردا حول ما إذا كان يجوز ، أو لا يجوز ، منح مثل هذه

المهلة القضائية للكفيل العيني بوهن عقارى ؟

ثانيا : وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة ، في هذا النطاق من  
الأحكام ، وأساسه .

(٩١) وحين يقع مثل هذا التعارض ، في أى من تطبيقاته المختلفة ، فإنه يطرح  
في الحقيقة مشكلة واحدة ، وهي معرفة أى من قانوني الكفالة أو الرهن  
بنهني ، إذن ، نغليب حكمه فيما يتعلق بكفالتنا موضوع البحث ، وأساس  
هذا التغليب .

والملاحظ في هذا الشأن ، من تطبيقات القضاء الفرنسي ، حين واجه أحد  
فروض هذا التعارض<sup>(٢١)</sup> أنه اكتفى بترجيح أحكام الرهن فيه ، وطبقها  
بطريق القياس ، على الكفالة العينية<sup>(٢٢)</sup> ، فيما يتعتبر ، في الحقيقة ،  
نوعا من الالتفاف فقط حول المشكلة المطروحة ، يفقد الأساس ، إذ يبقى  
معه التساؤل قائما عن السبب في تفضيل قياس هذا النوع من الكفالة على  
الرهن بدلا من قياسها على الكفالة الشخصية حين أنها كفالة أيضا إلى  
جانب كونها رهن<sup>(٢٣)</sup> .

(٢٠) في هذا المعنى جروا بند / ٤٣ ،  
VIDAL (j) note sous cass 4/2/1965 D 1965-617

(٢١) وهو الغرض الخاص بمدى حق الكفيل العيني في الدفع بالتجريد والقديم .

(٢٢) أنظر نقض ١٩٧٩/٣/٦ أشار إليه جروا هامش / ٥٩ من بند / ٤٣

(٢٣) في هذا المعنى : جروا بند / ٤٣

(٩٢) ولعل مُبرَّر أو أساس ، الترجيح ، يتضح بشكل أفضل ، لو رجعنا مرة أخرى إلى ما سبق أن عرضنا له ، في التمهيد لهذا البحث ، من تفرقة بين الكفالة العينية والكفالة الشخصية المدعومة ( أو المضمونة ) برهن • إذ فـى الفرض الأخير ، لا يقف الرهن والكفالة على قدم المساواة ، وإنما ينكسون بينهما علاقه تدرج ، يكون الرهن فيها هو التابع للكفالة ، مادام أن الراهن لم يضمن ، في الحقيقة ، إلا الرجوع عليه ككفيل<sup>(٢٤)</sup> بما يكون من المفهوم معه ، أن يكون تطبيق قانون الرهن ، في هذا الفرض ، مشروطا بما يسمح به قانون الكفالة ، وأن يكون المرجع لهذا الأخير أيضا في رسم حدود تعهدات الراهن<sup>(٢٥)</sup> .

(٩٣) بيد أن ثمة علاقة تدرج وتبعية ، لا توجد ، على العكس ، في الكفالة العينية بذاتها ، كعقد مركب ، تختلط فيه جهة الرهن بجهة الكفالة في "كل لا يتجزأ"<sup>(٢٦)</sup> يكون تابعا للالتزام أصلى هو التزام المدين<sup>(٢٧)</sup> . ولا يمكن ، في الحقيقة ، اكتشاف تدرج بين هذا العنصر أو ذاك من هذا الكل يمكن من الترجيح بينهما عند التعارض في حكمهما ، إلا فقط في نية أو إرادة الطرفين •

" بيد أن إرادة حسم التعارض"<sup>(٢٨)</sup> الذي توجده الكفالة العينية ، بين

---

(٢٤)(٢٥) جروا بند / ٤٥ ، وهو يرى - تبعا لذلك - أنه إذا ما كان هناك بضعة كفلاء ، يظل من الممكن الاحتجاج على الدائن بالحق في التقسيم ، مع أن قانسون التأمينات العينية يستبعد مثل هذا الدفع ، لأن الرهن الرسمي يضمن ليس الدين الأصلى ، وإنما تعهد الكفيل ، وحدود هذا التعهد تتوقف على سى هذا التقسيم •

(٢٦)(٢٨) جروا بند / ٤٦

كل من قانون التأمينات الشخصية وقانون التأمينات العينية ، لمصلحة الأخير " لانجعل محلا لشك " ؛ فالكفالة العينية ليست ، في قصد المنعاقدين - إلا " البديل لتأمين عيني عادي ، حين ارتضاء الدائن وإنما كان في نيته ، في الحقيقة ، أنه سوف يكفل له نفس الطمانينة التي كان سيحصلها لو أن الرهن كان مقدما من مدينه نفسه . وهذا وحده كاف ، لَّا يعطل " في هذا النوع من الضمان ، قانون الكفالة الميزات المتعلقة بقانون التأمينات العينية " (٣٢) " بدون شك ، الكفالة العينية هي أيضا كفالة ، لكن هذا العقد ( عقد الكفالة ) لا يكون مقصودا فيها لذاته ، إنه لا يشكل جزءا من بناء " هذا الضمان " إلا لأنه الشكل ( أو القالب ) القانوني المفروض ، حينما يضع الشخص اثمانه في خدمة الغير ، إنه إذن ليس إلا وسيلة لا غاية . وحاجة الطرفين إليه ليس إلا لوضعه في خدمة الرهن . وهما لا يتقبلانه إلا في هذه الحدود (٣٤)(٣٥)

( تم بحمد الله )

(٢٩)(٣٤) جروا بند / ٤٦

(٣٥) ولعل الفقه المصري كان ينطلق من نفس هذه المبررات أو الأفكار ، حين عرض لبعض جوانب هذه التعارضات ، وبالتحديد لمدى حق الكفيل العيني في التمسك بالتجريد . فالبعض حين رفض أن يكون له هذا الحق علل ذلك بأنه " تغليب لفكرة الرهن على فكرة الكفالة ، لأن المشرع لم بشأ أن يجعل الرهن الذي يقدمه شخص آخر غير المدين ، أضعف أثرا من الرهن الذي يقدمه المدين " أنظر د . سمير تنانغو ص / ٦٩ بند / ٣٠ وأنظر في تعليل آخر لهذا الرفض ، وهو أن " الغير وقد رهن ماله ضمانا " لدين على آخر يعتبر قد خول الدائن سلطة التنفيذ على هذا المال حتى ولو كانت هناك أموال للمدين مرهونة في ذات الدين " د . محمد على إمام ص / ٩٩ بند / ٦١ .

## قائمة المراجع

### (أولاً) بالعربية :

د . حسام الدين كامل الأهواني : التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي  
ج / ١ ط / ٨٥ - ١٩٨٦

د . سليمان مرقس : التأمينات العينية في التقنين المدني الجديد  
ط / ٢ ١٩٥٩

د . سمير عبد السيد تناغو : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٥

د . شفيق شحاته : النظرية العامة للتأمين العيني ط / ٢ ١٩٥٣

د . شمس الدين الوكيل : الموجز في نظرية التأمينات ١٩٦٧

د . عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ج / ١٠ ص ١  
التأمينات الشخصية والعينية (

د . عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التأمينات العينية ١٩٥٤

د . عبد المنعم البدر اوى : التأمينات العينية ١٩٧٣

د . عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١٩٦٩

د . عبد الناصر توفيق العطار : التأمينات العينية ١٩٨٠

د . على البارودي : القانون التجاري ( في الأوراق التجارية ،  
والعقود التجارية ، وعمليات البنوك ) ١٩٧٥

د . على الزينى : أصول القانون التجاري ج / ٣ ( الافلاس )

- د . محسن شفيق : الوجيز في القانون التجاري ٦٨ - ١٩٦٩ .
- د . محمد صالح : شرح القانون التجاري - الإفلاس ج/ ٤ ط / ٥  
١٩٤٣
- د . محمد علي إمام : التأمينات الشخصية والعينية
- د . محمد كامل مرسى : التأمينات الشخصية والعينية ط/ ٣ ١٩٣٨
- د . محمد لبيب شنب : دروس في التأمينات العينية والشخصية ١٩٧٣
- د . محمود جمال الدين ذكي : التأمينات الشخصية والعينية ط / ٣ ١٩٧٩
- د . مصطفى كمال طه : القانون التجاري ، الأوراق التجارية والإفلاس  
١٩٨٥ .
- د . منصور مصطفى منصور : التأمينات العينية ١٩٦٣
- د . نعمان محمد خليل جمعه : الحقوق العينية ١٩٨٥

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

1- Thèses et ouvrages généraux et spéciaux

AUBRY(A) et RAU (par BARTIN) :

Cours de droit civil français. 6 éd. 1938.  
To: 3 et To: 4

BAUDRY-LACANTINERIE(G)et WAHL (A):

Traité théorique et pratique de droit civil.  
éd. 1899. To: 21 (Des contrats aléatoires,  
du mandat, du cautionnement, de la transac-  
tion).

CAILLAUD (Georges):

Cautionnement réel. Thèse poitiers 1897

CARBONNIER (j) :

Droit civil. éd . 1969 To: 4

CHEVALLIER(j) et BACH (L) :

Droit civil. 7 éd. 1978

COLIN(A) et CAPITANT(H) avec le concours de, de  
la MORANDIÈRE(M) :

Cours élémentaire de droit civil français.  
8 éd. 1935 To : 2

DÉMOLOMBE(C) :

Traité des contrats ou des obligations  
conventionnelles en général. To:4 éd. 1872



DUPOUY(Claude) et RESSAYRI (Maurice)

précis de droit civil. To : 2 (obligations,  
surêtés, principaux contrats). Paris 1980

JOSSERAND(L) :

cours de droit civil positif français. 2 éd.  
1953 To : 2

LAURENT (F) :

Principes de droit civil français . 4 éd, 1887  
To: 28 et To : 31

MARTY (G) et RAYNAUD (P) :

Droit civil

To : 2 ( 1.èr v) Les obligations .1962

To : 3 ( 1.èr v) Les suretés , la publicité  
foncière 1971

MAZEAUD ( H,L,et j) par CHABAS(F) :

Leçons de droit civil. To: 3 (1.èr v) 5 éd.  
1977

MOULY( christian) :

Les causes d'extinction du cautionnement .  
paris 1979

PLANIOU(M) et RIPERT(G) par BECQUÉ(E) :

Traité pratique de droit civil français.

To : 13 ( Surêtés réelles) , 2 éd. 1953

## (2) Articles et notes de jurisprudence

### BEJANI- ROBEI(S) :

La décharge de la caution par application  
de l'article 2037. Rev. trim. 1974 P. 307-  
346

### CAPITANI (H) :

Des obligations de voisinage et spécialement  
de l'obligation qui pèse sur le propriétaire  
de ne causer aucun dommage au voisin. Rev.  
crit. 1900 P. 156-187 et p.228 - 249

### DABIN (J).

Une nouvelle définition du droit réel. Rev.  
Trim. 1962 P. 20 - 44

### DAGUI (M)

\* De la clause aux termes de laquelle le  
créancier ne peut consentir aucune proro-  
gation de délai au débiteur à peine de  
perdre tous ses recours contre la caution  
j.c.p 1973-1-doct- 2577

\* note sous cass 22/5/1973 j.c.p 1973-2-  
17572

\* la novation par changement de débiteur et  
le droit hypothécaire. j.c.p 1975-1-doct-  
2693

### DONNEDIEU DE VABRES :

note sous Toulouse 27/12/1911 D 1913-2-65

GRUA (F)

le cautionnement réel. j.c.p 1984-1-doct-  
3167

MALAUZIE (ph) :

note sous com. 8/11/1972 D 1973- 753

MESTRE (j) :

la pluralité d'obligés accessoires. Rev.  
trim. 1981 P. 1-36

PATARIN (j) :

note sous Paris 15/10/1976 j.c.p 1977-2-  
18726

RÉMOND-GOUILLOU (M) :

L' influence du rapport caution- débiteur  
sur le contrat de cautionnement. j.c.p  
1977-1-doct -2850

RIPERT

le droit de ne pas payer ses dettes. D- H  
1936- chr- P. 57 et s.

SIMLER(ph)

- \* la renonciation par la caution au bénéfice  
de l'article 2037 du code civil. j.c.p  
1975-1-doct- 2711
- \* note sous civ. 12/11/1974 et pau 31/10/  
1974 j.c.p 1975-2-18182
- \* j.cl. civ. sous Cautionnement

le cautionnement, reine éphémère des surâtés?  
D 1981-chr- 129- 132

VIDAL (J):

Note Sous CIV 4/2/1934 D 1935 - 617

VOIR: (J)

\* note sous Nancy 1/3/1932 D 1933-2-1

\* ,, ,, Req. 16/3/1938 D 1939-1-41

Bull.Civ = Bulletin des arrêts de la cour  
de cassation (Chambres Civiles).

D = Recueil Dalloz

D - H = Dalloz Hebdomadaire

D - i. r - = Dalloz - information rapide

j.cl. civ. = Juris-classeur de droit civil

j.c.p = juris-classeur périodique  
(la semaine juridique).

Rev. crit. = Revue critique.

Rev. trim. = Revue trimestrielle de droit  
civil

S. = Sirey

## مقدمة

### تمهيد

- \* في التعريف بالكفالة العينية ، وأهميتها ..... ٣
- \* الكفالة العينية والكفالة الشخصية المضمونة برهن ..... ٥
- \* الأساس القانوني لمسئولية الكفيل العيني المحدودة ( تعدد الاتجاهات ) ..... ٨
- أ - فكرة الالتزام العيني ..... ٨
- ب - فكرة ازدواجية الالتزام في عنصرى مديونية ومسئولية ..... ١٠
- خطة البحث ، تقسيم : ..... ١٥

## الفصل الأول

### أحكام الكفالة العينية

- ١٧ من خلال النظرة للأحكام المتعلقة بكل من الرهن والكفالة  
على استقلال

### تقسيم :

## المبحث الأول

مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة  
بالرهن

### تمهيد :

- ١٧ ضرورة التمييز في النصوص المتعلقة بالرهن بين ما يواجه منها الراهن  
صفته مجرد منشئ للضمان وما يواجهه منها بصفته مدينا أيضا

### المطلب الأول

أحكام الرهن التي تواجه الطرف السلبي في العلاقة  
الرهنية بحسابه مجرد منشيء للضمان

- إمكان انطباق هذه الأحكام على الكفيل العيني - أمثلة :

- أ - الكفيل العيني وسلطات الضالک الراهن ..... ١٩
- ب - الكفيل العيني وسلامة الرهن ..... ٢٠
- ج - الكفالة العينية والأجل الممنوح للمدين الأصلي ..... ٢٠
- د - الكفالة العينية برهن حيازي والمصروفات التي ينفقها الدائن على  
المال المرهون ..... ٢٢
- هـ - الكفالة العينية برهن حيازي والتزامات الدائن المرتهن ..... ٢٤
- و - الكفالة العينية والخامية التبعية للرهن ..... ٢٥

### المطلب الثاني

أحكام الرهن التي تواجه الطرف السلبي في العلاقة الرهنية  
بحسابه منشيء ضمان ، ومدينا مسئولاً شخصياً عن الدين  
في آن واحد

- عدم انطباق هذه الأحكام على الكفيل العيني - أمثلة :

- أ - الكفيل العيني وتخليية العقار المرهون ..... ٢٦
- ب - الكفيل العيني ودخول مزاد بيع المال المرهون ..... ٢٩
- ج - الكفيل العيني وكل من بند التملك عند عدم الوفاء وبند الطريق  
المصهد ..... ٣٠
- د - الكفيل العيني وحوالة الحق المضمون بالرهن ..... ٣٢
- هـ - الكفالة العينية وحق الدائن المرتهن في حبس المال المرهون ( فسي  
القانون الفرنسي ) ..... ٣٣

### المطلب الثالث

## الكفيل العيني والأحكام المتعلقة بحائز العقار المرهون

### تمهيد :

- بين مركز الكفيل العيني ومركز حائز العقار المرهون ..... ٣٥
- أ - بين الكفيل العيني والحائز من حيث رخصة تطهير العقار المرهون ..... ٣٧
- ب - بين الكفيل العيني والحائز من حيث إمكانية التمسك بنفاد الرهن ..... ٤٠
- استقلا عن الدين المخموم ( في القانون الفرنسي ) .....
- خاتمة المطلب ( التزاحم بين الكفيل العيني والحائز ) : ..... ٤٤
- وضع المشكلة ..... ٤٤
- تعدد الاتجاهات بشأنها في الفقه الفرنسي : ..... ٤٤
- الاتجاه الأول : تفضيل الحائز ..... ٤٥
- الاتجاه الثاني : التسوية بين الحائز والكفيل ..... ٤٧
- الاتجاه الثالث : تفضيل الكفيل ..... ٤٧
- الوضع في مصر ..... ٥٠

### المبحث الثاني

- مدى خضوع الكفالة العينية للأحكام المتعلقة ..... ٥١
- بالكفالة

### مطلب تمهيدى

هل يصدق على الكفالة العينية مفهوم الكفالة بالمعنى الصحيح ؟

- اختلافات الاتجاهات ..... ٥١
- تقسيم :

### المطلب الأول

في علاقة الكفيل العيني بالمدين

### تمهيد :

- أ - الكفيل العيني والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية ..... ٥٥



- ب - الكفيل العيني والرجوع على المدين بدعوى الحلول ..... ٥٧
- ج - الكفيل العيني والرجوع على المدين بالدعوى الشخصية لتخليصهم الكفالة ..... ٥٩
- أو لضمانه ( في القانون الفرنسي ) .....

### المطلب الثاني

#### في علاقه الكفيل العيني بالدائن

- أولا : من حيث القواعد التي تحكم شروط صحة التزام الكفيل ..... ٦٢
- ثانيا : من حيث القواعد التي تحكم إعمال الكفالة ..... ٦٤

### المطلب الثالث

#### في العلاقة بين الكفلاء المتعديدين

#### ( رجوع الكفيل الموقى على غيره من الكفلاء )

- أ - في فرض وجود كفيل عيني آخر مع الكفيل العيني ..... ٧١
- ب - في فرض وجود كفيل شخصي مع الكفيل العيني ..... ٧٣

## الفصل الثاني

أحكام الكفالة العينية من خلال النظرة المزدوجة ، المتزامنة  
والمُقرّبة ، لأحكام كل من الرهن والكفالة معا

تمهيد :

- تنوع العلاقات التي تُوجدّها الكفالة العينية بين أحكام الرهن وأحكام الكفالة ..... ٧٩

تقسيم :

### المبحث الاول

علاقات التوافق والتكامل

- المقصود بهذه العلاقات ، ومدلول التكامل . مظهره ( أمثله ) ..... ٨٠

- أ - الكفيل العيني وما للكفيل الشخصي من حق الرجوع على المدين بدعوى .....  
الحلول (إحالة) ٨٠
- ب - الكفالة العينية المقدمة من التاجر في فترة الريبة تعتبر ، كالكفالة ، من قبيل أعمال التبرعات .....  
٨١
- ج - في الشركات ، لا تدخل الكفالة العينية ضمن الأعمال التي تعتبر من قبيل الاختصاص العادي لأجهزة الإدارة .....  
٨٢
- د - الكفالة العينية الواردة على مال من الأموال المشتركة بين الزوجين في القانون الفرنسي ، تخضع ، كالتأمينات العينية ، لقيد اتفاقهم المشترك .....  
٨٤
- هـ - بطلان عقد الكفالة العينية ، كفالة ، يستتبع بطلانه كرهن ، والعكس ( الكفالة العينية لا تتحول إلى مجرد كفالة أو تأمين عيني ) .....  
٨٥

### المبحث الثاني

#### علاقات التعارض ووجوب الترجيح

- أولا : أمثلة لبعض التعارضات : .....  
٨٧
- أ - الكفالة العينية والدفع التي يمكن أن يواجه بها الدائن (الدفع بالتجريد والدفع بالتقسيم) .....  
٨٧
- ب - الكفالة العينية ، وحدود الضمان ( ملحقات الدين المضمون ، والمصروفات ) .....  
٨٩
- ج - الكفالة العينية وسيلة تفادي سقوط الأجل بسبب ضعف التأمينات .....  
٩٠
- د - الكفالة العينية برهن عقارى وحوالة الحق المكفول .....  
٩١
- هـ - الكفالة العينية برهن عقارى ونظرة الميسرة .....  
٩٢
- ثانيا : وجوب تغليب جهة الرهن على جهة الكفالة ، في هذا النطاق من الأحكام وأساسه : .....  
٩٣

\* قائمة المراجع

■ جدول الرموز

\* الفهرس

- (١) نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية  
ط / ٧٨ - ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربي) ٣٧٥ صفحة
- (٢) النظرية العامة للحقوق  
ط / ١٩٧٩ (الناشر دار الفكر العربي) ٣٣٦ صفحة
- (٣) سقوط الحق في الضمان (دراسة في عقد التأمين البري)  
ط / ١٩٨٠ (الناشر دار الفكر العربي) ٢٩٦ صفحة
- (٤) الصورية بطريق التوسط (دراسة لفكرة تسخير الاشخاص في المعاملات  
القانونية)  
١٩٨١ (بحث على الآلة الكاتبة) ١١٧ صفحة
- (٥) مسئولية المنتج (عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ١٠٩  
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربي) ١٠٩ صفحة
- (٦) مشكلة تعويض الضرر (الذي يسببه شخص غير محدد)  
ط / ١٩٨٣ (الناشر دار الفكر العربي) ١٦٠ صفحة
- (٧) الأحكام العامة للالتزام (في القانون المدني المصري)  
ط / ٨٤ - ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربي) ٣٨٣ صفحة
- (٨) مسئولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى (دارسة  
مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي) ٥٢٤ صفحة  
ط / ١٩٨٥ (الناشر دار الفكر العربي)
- (٩) أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية  
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربي) ٢٠٠ صفحة
- (١٠) التأمين ضد الأخطار التكنولوجية  
ط / ١٩٨٦ (الناشر دار الفكر العربي) ١٩١ صفحة







0267470